

**DIE PRAXIS DER INFORMELLEN VERFAHREN BEIM
BUNDESKARTELLAMT.**

**DARSTELLUNG UND RECHTLICHE WÜRDIGUNG
EINES VERBORGENEN VORGEHENS**

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen-Wilhelms-Universität
M ü n s t e r

vorgelegt von
KARL ERNST THOMAS de MAIZIERE
aus Bonn

1986

DIE PRAXIS DER INFORMELLEN VERFAHREN BEIM
BUNDESKARTELLAMT.
DARSTELLUNG UND RECHTLICHE WÜRDIGUNG EINES
VERBORGENEN VORGEHENS

I N A U G U R A L - D I S S E R T A T I O N

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der
Westfälischen-Wilhelms-Universität
M ü n s t e r

vorgelegt von

KARL ERNST THOMAS de MAIZIERE

aus Bonn

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhossner

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Sandrock

Dekan: Prof. Dr. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 04.02.1986

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	XII
Literaturverzeichnis	XIV

1. Abschnitt: Einführung: Ziel, Vorgehensweise, Gegenstand

§ 1	<u>Ziel der Arbeit</u>	1
§ 2	<u>Vorgehensweise bei der Sachverhaltsermittlung</u>	4
I.	Direkte Daten- und Informationserhebung	4
	1. Interviews	5
	2. Akteneinsicht	7
II.	Verläßlichkeit und Gültigkeit	7
§ 3	<u>Gegenstand der Untersuchung im Einzelnen</u>	9
I.	Beschränkung auf Verwaltungssachen	9
II.	Begriff der informellen Verfahren beim BKartA	9
	1. Sprachgebrauch	10
	2. Informalität als Terminus anderer Wissenschaften	12
	3. Definition	15

2. Abschnitt: Darstellung und rechtliche Würdigung informeller Verfahren beim BKartA

§ 4	<u>Überblick über die Erscheinungsformen informeller Verfahren beim BKartA</u>	17
-----	--	----

	Seite
I. Informelle Verfahren mit Bezug zur formellen Aufsicht über Wettbewerbsbeschränkungen	17
1. Kartelle, §§ 1 - 14 GWB	17
a) Verbot, Freistellungsmöglichkeit, Aufsicht	18
b) Antizipierte Mißbrauchsaufsicht	19
c) Informelle Verfahren bei der Kartellaufsicht	21
2. Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen, §§ 15 - 21 GWB	23
a) Untersagungs-, Mißbrauchs-, Erlaubnisverfahren	23
b) Informelle Verfahren bei Austauschverträgen	24
aa) Informelle Verfahren mit Bezug zu Untersagungsverfahren	24
bb) Informelle Verfahren mit Bezug zu Mißbrauchungsverfahren	26
cc) Informelle Verfahren bei Lizenzverträgen	27
(1) Abläufe	28
(2) Hintergrund	29
3. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktmächtiger Unternehmen iSv §§ 22 Abs. 4 - 6, 26 Abs. 2, 3, 37a Abs. 2, 3 GWB	30
a) Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen	30
b) Antizipierte Mißbrauchsaufsicht, Abmahnungspraxis	31
c) Informelle Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen	34

	Seite
4. Wettbewerbsbeschränkende Strukturveränderungen, insbesondere durch Zusammenschlüsse, §§ 22 Abs. 1 - 4, 23 - 24a GWB	36
5. Wettbewerbsregeln, §§ 28 - 33 GWB	36
6. Empfehlungen, insbesondere Konditionenempfehlungen, §§ 38 Abs. 2, 3, 38 a GWB	37
a) Verbot, Ausnahmen, Anmelde-, Mißbrauchsverfahren	37
b) Informelle Verfahren bei Konditionenempfehlungen	39
7. Ausnahmereiche, §§ 99 ff GWB	41
II. Informelle Auskunftersuchen mit Bezug zum formellen Auskunftsrecht des BKartA	42
1. Formelles Auskunftsrecht	42
2. Praxis informeller Auskunftersuchen	43
III. Zusammenfassung	46
§ 5 <u>Darstellung informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle</u>	47
I. Übersicht über die formellen Verfahren als Bezugsgröße der informellen Verfahren	47
1. Einleitung	47
2. Verlauf	49
3. Ende, Fristen	49
4. Gebühren	52
II. Zusagenpraxis als informelle Ergänzung formeller Verfahren	53
III. Gestalt und Folgen informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle	55

	Seite
1. Verfahrenstypische Beispiele	56
a) Direktoren-Fall	56
b) Abteilungs-Fall	58
2. Beginn und Teilnehmerkreis informeller Verfahren	59
3. Merkmale informeller Verfahren	61
a) Gespräche und Erörterungen	61
b) Schriftlichkeit	63
c) Gegenseitige Bekanntschaft der Beteiligten	64
d) Informationen	66
e) Beratung durch BKartA	66
f) Ermittlung	69
g) Rituelles bei informellen Verfahren	70
4. Ergebnisse informeller Verfahren	71
a) Abstimmung über das folgende formelle Verfahren	72
b) positive Tendenzaussage ("grünes Licht")	73
c) negative Tendenzaussage ("rotes Licht")	76
d) feste Zusicherung und Bluff durch Tendenz Aussagen	81
5. Kosten für informelle Verfahren	83
IV. Motive und Interessen bei der Anwendung informeller Verfahren	83
1. Einfluß von Behördenstruktur und Verfahren	83
2. Sichtweise der Wirtschaft	84
3. Sichtweise des BKartA	86
V. Bedeutung und Funktionen informeller Verfahren im System der Fusionskontrolle	87
1. Bedeutung	87
2. Funktionen	90

	Seite
§ 6	
<u>Rechtliche Würdigung infor-</u>	92
<u>meller Verfahren insbesondere</u>	
<u>bei der Fusionskontrolle</u>	
I.	
Grundlagen	92
1. Skizzierung der Eigentümlich-	93
keiten des formellen Verfahrens	
2. Historische Begründung	94
a) Einfluß der Kartell-VO von	94
1923 und des sog. Josten-	
Entwurfs	
b) Entstehen des GWB	98
c) Veränderungen durch Ge-	100
setzesnovellen	
3. Maßstäbe der Rechtsprüfung	101
a) Auslegungsbesonderheit	101
bei der Anwendung des GWB	
b) Restriktive Anwendung des	105
BVwVfG im Lichte des GWB	
c) Restriktive Anwendung von	107
Grundsätzen des allgemeinen	
Verwaltungsrechts	
II.	
Zulässigkeit der informellen Ver-	109
fahren (Frage des Ob)	
1. Positive Erfassung im geltenden	109
Recht	
2. Zulässigkeit ohne spezielle	111
Rechtsgrundlage	
a) Pflicht zum formellen Verfahren	112
b) Formenmißbrauch, Gesetzes-	115
umgehung	
c) Gleichbehandlungsgebot	116
d) Grundsatz der Förmlichkeit	119
des Kartellverfahrens und	
seine Ausstrahlungswirkungen	

	Seite
aa) Möglichkeiten flexibler Vorgehensweisen im Rahmen des GWB	121
bb) Harmonisierung des Grund- satzes der Förmlichkeit mit den Möglichkeiten flexiblen Vorgehens im Rahmen des GWB	124
III. Rechtmäßigkeit der Inhalte infor- meller Verfahren (Frage des Wie)	125
1. Einordnung der Ergebnisse in- formeller Verfahren in das Sy- stem kartellbehördlicher Handlungs- formen	126
a) Verfügung iSv § 57 GWB	127
aa) negative Tendenzaussage	127
bb) positive Tendenzaussage	131
b) öffentlichrechtlicher Vertrag	132
aa) Tendenzaussagen	133
bb) Abstimmung über das fol- gende formelle Verfahren	135
c) Zusicherung gem. § 38 BVwVfG	136
aa) positive Tendenzaussage	136
bb) Abstimmung über das fol- gende formelle Verfahren	139
d) Abmahnung iSd GWB	139
e) Schlichtes Verwaltungshandeln	140
2. Rechtmäßigkeitsprüfung im Einzelnen	143
a) Formelle Rechtmäßigkeit beim Zustandekommen der Ergebnisse informeller Verfahren	144
aa) Ermittlungen im informellen Verfahren	145
bb) Beteiligungsrechte am infor- mellen Verfahren	146

	Seite
b) Materielle Rechtmäßigkeit	152
aa) Verstoß gegen das "Alles-oder-Nichts-Prinzip" des § 24 Abs. 2 Satz 1 iVm Abs. 1 GWB	153
(1) Grundsatz	153
(2) Beratungspraxis	157
bb) Befugnisse des BKartA gem. § 24 Abs. 1 GWB als Grenze für negative Tendenzaussagen	159
cc) Zusicherungsverbot im informellen Verfahren	160
dd) Rechtssicherheitsgebot	162
(1) im Hinblick auf die Beteiligten	162
(2) im Hinblick auf die Allgemeinheit	163
ee) Gebot effektiver Rechtsschutzmöglichkeit	166
(1) Rechtsschutzlücke	167
(2) Zumutbarkeit der Rechtsschutzlücke	168
α) bei negativen Tendenzaussagen	168
β) bei positiven Tendenzaussagen	170
γ) bei sonstigen Inhalten informeller Verfahren	171

	Seite
IV. Rechtsfolgen	172
1. Bindungswirkung im for-	172
mellen Verfahren	
a) negative Tendenzaussage	173
b) positive Tendenzaussage	173
aa) Anknüpfungspunkte im	173
GWB, BVwVfG	
bb) Selbstbindung der Ver-	174
waltung	
cc) Vertrauensschutz	177
(1) Vertrauenstatbestand	178
(2) Schutzwürdigkeit des	180
Vertrauens	
c) gezielte Beratung	183
d) feste Zusicherung	184
e) Abstimmung über das folgende	185
formelle Verfahren	
2. Ersatzansprüche wegen der Ergeb-	188
nisse informeller Verfahren	
a) Ansprüche nach Untersagung	189
trotz einer positiven Tendenz-	
aussage, eines gezielten Rates	
oder einer festen Zusicherung	
im informellen Verfahren	
aa) Amtshaftung	189
bb) öffentlichrechtliches	195
Schuldverhältnis	
b) Ansprüche nach negativer Tendenz-	198
aussage und Aufgabe des Zusam-	
menschußprojekts ohne formelles	
Verfahren	
aa) Amtshaftung	198
bb) enteignungsgleicher/	200
enteignender Eingriff	

	Seite
3. Kosten	201
a) Gebühren für informelle Verfahren	201
b) Anrechnung des informellen Verfahrens in späteren formellen Verfahren	202
§ 7 <u>Abweichungen bei informellen Verfahren außerhalb der Fusionskontrolle</u>	204
I. Beteiligungsrechte am informellen Verfahren	204
II. Kein Alles-oder-Nichts-Prinzip	205
1. Grundsatz	205
2. Beratungspraxis	207
III. Bindungswirkung im formellen Verfahren	208
1. positive Tendenzaussage	209
2. Beratung	212
3. feste Zusicherung	212
IV. Keine weiteren Abweichungen	213
<u>3. Abschnitt: Rechtspolitische Bemerkungen</u>	214
§ 8 <u>Wertung der Praxis informeller Verfahren beim BKartA</u>	214
<u>Zusammenfassung</u>	218

Anhang

Abkürzungsverzeichnis

abl.	ablehnend
AllgVerwR	Allgemeines Verwaltungsrecht
Anm.	Anmerkung
ausf.	ausführlich
BA	Beschlußabteilung
BE	Berichterstatte
bzw.	beziehungsweise
Def.	Definition
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Dr.	Doktor
Dt.	Deutsch
E	Entscheidung
eig.	eigen/eigene
Einl.	Einleitung
Entw.	Entwurf
etc.	et cetera
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FK	Frankfurter Kommentar
FR	Frankfurter Rundschau
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggflls.	gegebenenfalls
GK	Gemeinschaftskommentar
HG	Hauptgutachten
insbes.	insbesondere
KartkostV	Verordnung über die Kosten der Kartellbehörden
krit.	kritisch
Lit.	Literatur
Nachw.	Nachweis
o. ä.	oder ähnlich
Rdnr.	Randnummer
RegEntw.	Regierungsentwurf

SHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein
sog.	sogenannt
TB	Tätigkeitsbericht
Tz.	Teilziffer
u.	und
u. a. m.	und anderes mehr
v.	von/vom
Verf.	Verfasser
VerwR	Verwaltungsrecht
Vorb.	Vorbemerkung
WPM	Wertpapiermitteilungen
z. T.	zum Teil

Die übrigen in dieser Arbeit verwendeten Abkürzungen
finden sich in Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der
Rechtssprache, 3. Auflage, 1983.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ACHTERBERG, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1982 (Zitierweise: Achterberg, AllgVerwR).
- Der Verwaltungsvorakt, DÖV 1971, 397 ff.
- BANDASCH, Georg: Lizenzverträge und Wettbewerbsordnung, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn und München 1968, S. 85 ff. (Bandasch, Lizenzverträge)
- BANDASCH, Georg/LEMHOEFER, Dieter/HORN, Christian: Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes zu den Lizenzverträgen nach §§ 20, 21 GWB, Köln, Berlin, München und Bonn 1969 (Bandasch/Lemhoefer/Horn, Verwaltungspraxis).
- BAUMBACH, Adolf/HEFERMEHL, Wolfgang: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. München, Berlin 1960 (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl.).
- BECHTOLD, Rainer: Kartellverfahrensrecht, Referat auf dem gleichnamigen Seminar von FORUM, Institut für Management am 28.09.1982, mitgeschrieben vom Verf. (Bechtold, Referat FORUM am 28.09.1982).
- BENISCH, Werner: Zur Mißbrauchsprüfung bei Anmeldung von Rabattkartellen, NJW 1964, 907 ff.
- 10 Jahre Praxis des Bundeskartellamtes, in: 10 Jahre Kartellgesetz. Eine Würdigung aus der Sicht der Industrie, Bergisch-Gladbach 1968, S. 11 ff. (Benisch, 10 Jahre Praxis).
- Diskriminierungsverbot, Vertriebsbindung, Leistungswettbewerb, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 107 ff. (Benisch, Schwerpunkte 1978/79).
- BETTERMANN, Karl-August: Das Verwaltungsverfahren, in: VVDStRL 17 (1959), S. 118 ff.
- BOGNER, Wilhelm: Die Praxis der Kartellbehörden und der Gerichte zu den Wettbewerbsregeln, Diss. München 1975 (Bogner, Praxis).

- BOHNE, Eberhard: Der informale Rechtsstaat. Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immissionschutzes, Berlin 1981 (Bohne, Informaler Rechtsstaat).
- Informales Gesetzeshandeln im Gesetzesvollzug, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und -theorie, Bd. 7, 1980, S. 20 ff. (Bohne, Informales Gesetzeshandeln).
- BROHM, Winfried: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart 1969 (Brohm, Strukturen).
- Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 40 (1982), S. 274 f.
- BRUNN, Johann-Heinrich von: Die Verwaltungspraxis zu den Konditionenkartellen, in: Kartellrundschau, Heft 1, Köln, Berlin und München 1960 (v. Brunn, Verwaltungspraxis).
- BÜDENBENDER, Ulrich: Befugnisse der Kartellbehörden zur präventiven Mißbrauchskontrolle?, WuW 1980, 111 ff.
- BÜSCHER, Wolfgang: Änderung von Fusionsverträgen im Zusammenschlußverfahren, Köln, Berlin, Bonn und München 1981 (Büscher, Änderung von Fusionsverträgen).
- BULL, Hans-Peter: Allgemeines Verwaltungsrecht, Königstein 1982 (Bull, Verwaltungsrecht).
- BULLINGER, Martin: Vertrag und Verwaltungsakt. Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht, Stuttgart 1962 (Bullinger, Vertrag).
- BUNDESKARTELLAMT: Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet nach § 50 GWB. (TB des BKartA, Jahr, BT Drucks.).

- BUNTE, Hermann-Josef: Rechtliche Grenzen für die Änderung kartellbehördlicher Verwaltungspraxis, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (Bunte, Rechtliche Grenzen).
- Zur Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Konditionenempfehlungen, BB 1980, 325 ff.
- Vertrauensschutz und Verwirkung im Kartellrecht, BB 1980, 1073 ff.
- Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz. Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, AcP 181 (1981), S. 51 ff.
- BURMEISTER, Joachim: Selbstbindungen der Verwaltung, DÖV 1981, 503 ff.
- CARL, Hans-Dieter: Der Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zu einem Kartell und auf Unterlassung eines Widerspruchs nach dem GWB, NJW 1963, 2302 ff.
- COMMICHAU, Gerhard/SCHWARTZ, Harald: Grundzüge des Kartellrechts. Eine Einführung, München 1981 (Commichau/Schwartz, Grundzüge).
- DEGENHART, Christoph: Vollendete Tatsachen und faktische Rechtslagen im Verwaltungsrecht, AÖR 103 (1978), 163 ff.
- DERLIEN, Hans-Ulrich: Methodik der Empirischen Verwaltungsforschung, in: PVS-Schriftenreihe, Sonderheft 13/1982, Politik und Verwaltungswissenschaft, hrsg. von Joachim Jens Hesse, Opladen 1982 (Derlien, Empirische Verwaltungsforschung, in PVS 13/1982).
- DÖRINKEL, Wolfram: Streitfragen zum Rabattkartell, WuW 1961, 233 ff.
- EBEL, Hans-Rudolf: Kartellrecht, GWB und EWG-Vertrag, Loseblattkommentar, Frankfurt, Stand: April 1982 (Ebel).
- Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1973, 1665 ff.

- EMMERICH, Volker: Kartellrecht, 4. Aufl. München 1982 (Emmerich, Kartellrecht).
- Die neueste Praxis zur Fusionskontrolle (II), Die AG 1978, 150 ff.
- Fusionskontrolle 1981/82 (II), Die AG 1982, 317 ff.
- ENTWURF zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt, sog. Josten-Entwurf, Frankfurt 1949.
- ERICHSEN, Hans-Uwe/MARTENS, Wolfgang: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Berlin, New York 1983 (Bearb. in Erichsen/Martens, AllgVerwR).
- ESSER, Josef: Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift für Fritz v. Hippel, Tübingen 1967, S. 95 ff. (Esser, FS v.Hippel).
- EWALD, Heinz: Bundeskartellamt und Kartellgesetz, WuW 1958, 317 ff.
- FATSCHEK, Jochen: Die Berücksichtigung außerwettbewerblicher Gesichtspunkte bei Anwendung der Zusammenschlußkontrolle, Gerbrunn bei Würzburg 1977 (Fatschek, Berücksichtigung).
- FIEDLER, Wilfried: Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die Systematik der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen, AöR 105 (1980), 79 ff.
- FISCHER, Robert: Der Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung (§ 22 GWB) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, ZGR 1978, 235 ff.
- FORSTHOFF, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München 1973 (Forsthoff, VerwR).
- Die Verfahrensvorschriften im Kartellgesetz, in: Festschrift für Rudolf Isay, Köln, Berlin 1956, S. 95 ff. (Forsthoff, FS Isay).

- FRIEDRICHS, Jürgen: Methoden empirischer Sozialforschung. 11. Aufl. Opladen 1983 (Friedrichs, Methoden).
- GAMM, Otto-Friedrich Frh. von: Kartellrecht. Kommentar zum GWB und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln Berlin, Bonn und München 1979 (v. Gamm).
- GLASSEN, Helmut/HAHN, Helmut von/KERSTEN, Hans-Christian/KOLVENBACH, Walter/LEHMANN, Jürgen: Frankfurter Kommentar zum GWB mit einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Loseblattausgabe Frankfurt 1958 ff. (FK).
- GLEISS, Alfred: Wann werden Konditionen-, Rabatt- und Normenkartelle wirksam?, NJW 1958, 530 ff.
- GOTTHOLD, Jürgen/VIETH, Reinhard: Erfüllung von öffentlichen Aufgaben durch Verhandlungen mit Privaten im Bereich der Wettbewerbspolitik, in: Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und -theorie, Bd. 8, 1982, hrsg. von Volkmar Gessner und Gerd Winter, S. 282 ff. (Gotthold/Vieth, Erfüllung von Aufgaben).
- GRABITZ, Eberhard: Vertrauensschutz als Freiheitschutz, DVBl. 1973, 676 ff.
- GRIESSHABER, Herbert: Die Beiladung zum Verfahren in Kartell- Verwaltungssachen, Diss. Heidelberg 1967, (Griesshaber, Beiladung).
- GROSS, Bertram M.: Organizations and their Managing, New York 1968 (Gross, Organizations and their Managing).
- GÜNTHER, Eberhard: Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1954/52, 17 ff.
- Die geistigen Grundlagen des Josten-Entwurfes, in: Festschrift für Franz Böhm, Tübingen 1975, S. 183 ff. (Günther, Geistige Grundlagen des Josten-Entwurfs, in FS Böhm).
- HARMS, Wolfgang: Fusionskontrolle: Praxis, Novellierungspläne und kritische Würdigung, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, S. 43 ff. (Harms, Praxis).

- HASSELSWEILER, Ekkehart: Der Vermittlungsausschuß. Verfassungsgrundlagen und Staatspraxis, Berlin 1981 (Hasselsweiler, Vermittlungsausschuß).
- HELM, Horst: Das Kartellrecht in der Wirtschaftspraxis, 2. Aufl. Heidelberg 1977 (Helm, Kartellrecht).
- HENKE, Wilhelm: Jurisprudenz und Soziologie, JZ 1974, 729 ff.
- HENNIG, Werner/PAETOW, Klaus: Zur Praxis des Bundeskartellamtes bei Konditionenempfehlungen, DB 1978, 2349 ff.
- HERTIN, Paul Wolfgang: Die Beteiligten an Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, Diss. Münster 1969 (Hertin, Die Beteiligten).
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang: Selbstbindungen der Verwaltung, in: VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff. (Hoffmann-Riem, Selbstbindungen).
- HOPT, Klaus: Rechtssoziologische und rechtsinformativische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017 ff.
- Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341 ff.
- HUBER, Hans: Vertrauensschutz. Ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland und in der Schweiz, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Otto Bachof, Ludwig Heigl und Konrad Redeker, München 1978, S. 313 ff. (Huber, in FS BVerwG).
- IMMENG, Ulrich/MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981 (Bearb., in Immenga/Mestmäcker).
- IRLE, Martin: Soziale Systeme. Eine kritische Analyse der Theorie von formalen und informalen Organisationen, Göttingen 1963 (Irle, Soziale Systeme).

- ISAY, Rudolf/TSCHIERSKY, Günter: Kartellverordnung 1925, 2. Aufl. Mannheim, Berlin und Leipzig 1930 (Isay-Tschierschky, Kartell-V0).
- ISENSEE, Josef: Die typisierende Verwaltung, Berlin 1976 (Isensee, Typisierende Verwaltung).
- JELLINEK, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, Nachdruck Bad Homburg 1966 (Jellinek, Verwaltungsrecht).
- JUNGE, Werner: Das Verfahrensrecht in der Zweiten Kartellgesetznovelle, WuW 1973, 834 ff.
- KARTTE, Wolfgang: 20 Jahre Kartellgesetz, WuW 1978, 114 ff.
- Interview mit der Zeitschrift food+nonfood, Nr. 11/1981, S. 19 ff. (Kartte, food+nonfood, Heft 11/1981).
- KARTTE, Wolfgang/HOLTSCHNEIDER, Rainer: Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Zur Geschichte des GWB, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Helmut Cox, Uwe Jens, Kurt Markert, München 1981, S. 193 ff.
- KIRCHOF, Paul: Rechtsquellen und Grundgesetz, in: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 50 ff. (Kirchhof, Rechtsquellen).
- Verwalten durch "mittelbares" Einwirken, Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (Kirchhof, Verwalten).
- KIRCHNER, Hildebert/KASTNER, Fritz: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl. Berlin, New York 1983.
- KIRSCH, Werner: Einführung in die Theorie der Entscheidungsprozesse, 3. Bd. 2. Aufl. Wiesbaden 1977 (Kirsch, Entscheidungsprozesse).
- KISKER, Günter: Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 32 (1974), S. 149 ff. (Kisker, VVDStRL 32 (1974)).
- KLAUE, Siegfried: Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen und Diskriminierungsverbot 1979/80, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1979/80, S. 63 ff. (Klaue, Schwerpunkte 1979/80).

- KLEINMANN, Werner/BECHTOLD, Rainer: Kommentar zur Fusionskontrolle nach deutschem und EWG-Kartellrecht, 2. Aufl. Heidelberg 1978 (Kleinmann/Bechtold).
- KLEMP, Wolfram: Kartellrechtliche Anmeldung von Konditionenempfehlungen nach § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB und das AGB-Gesetz, BB 1977, 1121 ff.
- KNACK, Joachim: Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn und München 1982 (Bearb., in Knack).
- KÖHLER, Karl-Heinz von: Rechtsprobleme im Vorfeld einer Fusionskontrolle, DB 1973, 169 ff.
- Die fehlende Feststellungsklage im Kartellrecht, NJW 1961, 2093 ff.
 - Das Kartellverwaltungsverfahren ist öffentliches Recht, VerwArch. 1963, 262 ff.
- KÖNIG, Hans-Günther: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBL. 1959, 189 ff.
- KÖNIG, René (Hrsg.): Handbuch der empirischen Sozialforschung, Bd. 2. Erster Teil, 3. Aufl. Stuttgart 1973 (Bearb., in König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, Erster Teil).
- Das Interview, 9. Aufl. Köln 1974 (König, Interview).
- KOENIGS, Folkmar: Einige Probleme des § 18 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bd. 7 von Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, hrsg. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg, Berlin und Zürich 1968, S. 301 ff.
- KOOLWIJK, Jürgen von/WIEKEN-MAYSER, Maria: Techniken der empirischen Sozialforschung, 4. Bd., Erhebungsmethoden: Die Befragung, München, Wien 1974 (v. Koolwijk/Wieken-Mayser, Techniken der empirischen Sozialforschung, 4. Band).

- KOPP, Ferdinand O.: Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, München 1971 (Kopp, Verfassungsrecht).
- Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. München 1983 (Kopp).
 - Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl. München 1984 (Kopp, VwGO).
- KRAFFT, Hartmut: Fusionskontrolle und Arrangements zwischen Staat und Wirtschaft. Ein Beitrag zur Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes, Diss. München 1981 (Krafft, Fusionskontrolle).
- KRAMER, Jörg-Dietrich: Zuverlässigkeit der Klage gegen die Ankündigung einer Namensänderung -VG Hannover, JuS 1973, 484 ff.
- KRAUSE, Peter: Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin 1974 (Krause, Rechtsformen).
- KREFT, Friedrich: Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, Amtshaftung, Enteignung, Aufopferung, Berlin, New York 1980 (Kreft).
- KRIEGER, Jochen H.: Die Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden in Recht und Praxis, WuW 1962, 104 ff.
- KRÜGER, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln und Mainz 1966 (Krüger, Allgemeine Staatslehre).
- Von der Notwendigkeit einer freien und auf lange Sicht angelegten Zusammenarbeit zwischen Staat und Wirtschaft, Münster 1966 (Krüger, Zusammenarbeit).
- KULL, Edgar: Zur Rechtsnatur des Verfahrens in Kartell-Verwaltungssachen, JZ 1961, 681 ff.
- LANGEN, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl. Neuwied, Berlin 1967 (Langen, 4. Aufl.).
- LANGEN, Eugen/NIEDERLEITHINGER, Ernst/RITTER, Lennart/SCHMIDT, Ulrich: Kommentar zum Kartellgesetz 5. und 6. Auflage, Neuwied, Darmstadt 1977 bzw. 1982 (Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt).

- LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. und 5. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York und Tokyo 1979 bzw. 1983 (Larenz, Methodenlehre).
- LEMHOEFER, Dieter: Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes bei Erlaubnisbeschlüssen nach § 20 Abs. 3 (§ 21 Abs. 1) GWB, GRUR 1964, 573 ff.
- LERSNER, Heinrich Frhr. von: Rezension des Buches 'Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns', NJW 1982, 2812 ff.
- LIEBERKNECHT, Otfried: Probleme des Verfahrensrechts in Kartellsachen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, S. 65 ff. (Lieberknecht, Schwerpunkte 1977/78).
- LIEKEFETT, Karlheinz: Das informelle Auskunftsersuchen des Bundeskartellamtes, DB 1975, 339 ff.
- LÜKE, Gerhard/BÄHR, Peter: Einstweilige Anordnung zum sofortigen Vollzug kartellbehördlicher Verfügungen, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bd. 7 von Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, hrs. von Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg, Berlin und Zürich 1968, S. 519 ff. (Lüke/Bähr, Einstweilige Anordnungen, in: Wettbewerb als Aufgabe).
- LUHMANN, Niklas: Funktion und Folgen formaler Organisationen, Berlin 1976 (Luhmann, Funktion und Folgen).
- Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. Darmstadt, Neuwied 1978 (Luhmann, Legitimation durch Verfahren).
- LUTZ, Helmuth: Die Ermittlungsmöglichkeiten der Kartellbehörden im Bußgeldverfahren und die Rechtsstellung der Betroffenen, NJW 1961, 1241 ff.
- MALLMANN, Walter: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19 (1961), S. 165 ff. (Mallmann, Schranken).

- MANSFIELD, H.C./MORSTEIN, Marx F.: Informal Organization, in: F. Morstein (Hrsg.), Elements of Public Administration, 2. Aufl. 1959 (Mansfield/Morstein, Informal Organization).
- MARKERT, Kurt: Modernes Kartellgesetz, aber wie?, ZHR 134 (1970), S. 208 ff.
- Mißbrauchsaufsicht nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, S. 27 ff. (Markert, Schwerpunkte 1976/77).
 - Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager 1978/79, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 87 ff. (Markert, Schwerpunkte 1978/79).
 - Praxis der Fusionskontrolle 1980/81, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81, S. 43 ff. (Markert, Schwerpunkte 1980/81).
 - Urteilsanmerkung zu KG-Beschluß vom 26.11.1980, RIW/AWD 1981, 403 ff. "Bayer/Firestone", in: RIW/AWD 1981, 407 ff.
 - Kartellverfahrensrecht, Referat auf dem Seminar Kartellverfahrensrecht beim FORUM - Institut für Management am 28./29.09.1982, mitgeschrieben vom Verf. (Markert, Referat FORUM am 28.09.1982).
- MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter/HERZOG, Roman/SCHOLZ, Rupert: Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. München, Stand:1985 (Bearb. in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz).
- MAYNTZ, Renate (Hrsg.): Implementation politischer Programme, Königstein 1980 (Mayntz, Implementation).
- Die Implementation politischer Programme, in: Die Verwaltung 10 (1977), S. 51 ff.
 - Soziologie der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg, Karlsruhe 1978 (Mayntz, Soziologie der öffentlichen Verwaltung).
- MENGER, Christian Friedrich: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 17 (1959), S. 219.

- MERTENS, Hans-Joachim/KIRCHNER, Christian/SCHANZE, Erich: Wirtschaftsrecht, Eine Problemorientierung, 2. Aufl. Opladen 1982 (Mertens/Kirchner/Schanze, Wirtschaftsrecht).
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim: Das Rabattkartell im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ordo 1962, S. 233 ff (Mestmäcker, in Ordo 1962).
- MEYER, Hans/BORGS-MACIEJEWSKI, Hermann: Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. Frankfurt 1982 (Meyer/Borgs-Maciejewski).
- MOLKENTIN, Hans-Henning: Schadensersatzansprüche wegen Vernachlässigung behördlicher Beratungs- und Betreuungspflichten, SHAnz. 1975, 108 f. Molkentin, SHAnz. 1975).
- MÖSCHEL, Wernward: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, Berlin, Bonn und München 1983 (Möschel, Recht).
- MONOPOLKOMMISSION: Hauptgutachten (Monopolkommission, HG, BT Drucks.).
- MÜLLER, Heinz/GIESSLER, Peter/SCHOLZ, Ulrich: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 4. Aufl. Frankfurt 1981 (Müller/Giessler/Scholz).
- MÜLLER-HENNEBERG, Hans/SCHWARTZ, Gustav: GWB-Gemeinschaftskommentar, 2. und 4. Auflage Köln, Berlin, Bonn und München ab 1980 ff. (Bearb., im GK).
- MÜNCHNER KOMMENTAR zum BGB, Band 3, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 657-853), Redaktor: Peter Ulmer, München 1980 (Münch Komm-Bearb.).
- MUBGNUG: Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 40 (1982), S. 282 ff.
- MUTIUS, Albert von: Grundrechtsschutz contra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, 2150 ff.
- NAGEL, Bernhard: Fusion und Fusionskontrolle, in: Handbuch des Wettbewerbs, hrsg. von Cox/Jens/Markert, München 1981, S. 331 ff. (Nagel, Fusion).
- OBERMAYER, Klaus: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Neuwied, Darmstadt 1983 (Obermayer).

- OEHLER, Wolfgang: Entflechtung und Kontrahierungszwang, Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1976 (Oehler, Entflechtung).
- OFFTERDINGER, Helmut: Zur Methode der Rechtsfindung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1976/77, S. 1 ff. (Offterdinger, Methode, in: Schwerpunkte 1976/77).
- OSSENBÜHL, Fritz: Staatshaftungsrecht, 3. Auflage München 1983 (Ossenbühl, Staatshaftungsrecht).
- Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, 25 ff.
 - Selbstbindungen der Verwaltung, DVBl. 1981, 857 ff.
 - Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, NVwZ 1982, 465 ff.
- PALANDT, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl. München 1984 (Palandt-Bearb.).
- PESTALOZZA, Christian: "Formenmißbrauch" des Staates. Zu Figur und Folgen des "Rechtsmißbrauchs" und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten, München 1973 (Pestalozza, Formenmißbrauch).
- PFEIFFER, Gerd: Grundfragen der Rechtskontrolle im Kartellverfahren, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79, S. 1 ff. (Pfeiffer, Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79).
- PIETZCKER, Jost: Selbstbindungen der Verwaltung, NJW 1981, 2087 ff.
- Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, in: VVDStRL 41 (1983), S. 193 ff. (Pietzcker, in: VVDStRL 41 (1983)).
- PÜTTNER, Günter: Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 32 (1974), S. 200 ff. (Püttner, in: VVDStRL 32 (1974)).

- QUARITSCH, Helmut: Über formelle und informelle Wege der Entscheidung, in: Festschrift für Carl Herrmann Ule, München 1977, S. 135 ff. (Quaritsch, FS Ule).
- RANDELZHOFFER, Albrecht/WILKE, Dieter: Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandelns, Berlin 1981 (Randelzhofer/Wilke, Die Duldung).
- RAUSCHENBERG, Gerhard: Die ersten zwei Jahre Entscheidungspraxis zur Kartellnovelle, NJW 1975, 1993 ff.
- Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts in den Jahren 1975/76, NJW 1976, 2185 ff.
- RECHTSAUSSCHUSS: Stellungnahme zur 2. GWB-Novelle v. 25.05.1973, WuW 1973, 598.
- REICH, Norbert: Fusionskontrolle oder Fusionserlaubnis? Kritische Anmerkungen zur den bisherigen Entwürfen der Bundesregierung zur sog. Fusionskontrolle, ZRP 1971, 234 ff.
- REIMANN, Günter: Behörden, Gerichte und Verfahren im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1957, 319 ff.
- RIECHMANN, Volkhard: Zur Frage der Anwendung allgemeiner Grundsätze des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Kartellverfahren, WuW 1980, 241 ff.
- RIESENKAMPFF, Alexander: Zusagen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1977, 291 ff.
- RINCK, Gerd: Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl. Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (Rinck, Wirtschaftsrecht).
- Die Empfehlung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung, WuW 1974, 292 ff.
- Zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1975, WuW 1977, 149 ff.
- RITTER, Ernst-Hasso: Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), 389 ff.

- RITTNER, Fritz: Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1979 (Rittner, Wirtschaftsrecht).
- Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1981 (Rittner, Kartellrecht).
- Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, 69 ff.
- ROBERT, Rüdiger: Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik - Das Beispiel der Entstehung des GWB-, Berlin 1976 (Robert, Konzentrationspolitik).
- RÖHLING, Eike: Die Fusionskontrolle nach dem neuen Kartellgesetz, DB 1973, 1585 ff.
- ROTTLEUTHNER, Herbert: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt 1973 (Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft).
- ROWEDDER, Heinz: Zum Untersagungsverfahren gemäß § 37 a GWB des Regierungsentwurfes, WRP 1972, 32 ff.
- RÜPING, Hinrich: Verfassungs- und Verfahrensrecht im Grundsatz des rechtlichen Gehörs, NVwZ 1985, 304 ff.
- RÜTHERS, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus-, Frankfurt 1973 (Rüthers, Auslegung).
- SALJE, Peter: Die mittelständische Kooperation zwischen Wettbewerbspolitik und Kartellrecht - Theorie und Praxis des § 5 b GWB -, Tübingen 1981 (Salje, Mittelständische Kooperation).
- SANDROCK, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968 (Sandrock, Grundbegriffe).
- Die Einheit der Wirtschaftsordnung. Über Macht und Ohnmacht von Gesetzgeber und Richter im Wirtschaftsrecht, Frankfurt 1971 (Sandrock, Einheit).

- SATZKY, Horst: Zusagen im Rahmen der Zusammenschlußkontrolle, ZHR 141 (1977), 554 ff.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger: Rechtsschutz bei Divergenz von Form und Inhalt staatlichen Verwaltungshandelns, VerwArch 1981, 185 ff.
- SCHEUING, Dieter H.: Selbstbindungen der Verwaltung, in VVDStRL 40 (1982), S. 152 ff. (Scheuing, Selbstbindungen).
- SCHMIDT, Karsten: Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht).
- Zusammenschlußkontrolle und Zusagenpraxis vor den Beschwerdegerichten - Bemerkungen zum Beschluß des KG vom 06.10.1976, BB 1977, 774 ff.
- Antizipierte Mißbrauchskontrolle und formlose Wirtschaftsaufsicht nach dem GWB, WuW 1980, 577 ff.
- SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. Neuwied, Darmstadt 1980 (Schmidt-Bleibtreu/Klein).
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard: Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, in Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, hrsg. von Peter Luche, Walter Schmitt-Glaser, Eberhard Schmidt-Assmann, Heidelberg 1984, S. 1 ff. (Schmidt-Assmann, Verfahrensgedanke).
- SCHÖNE, Otto: Die Beiladung zum Verfahren vor den Kartellbehörden nach § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB, WRP 1960, 334 ff.
- SCHOLZ, Rupert: Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Berlin 1971 (Scholz, Wirtschaftsaufsicht).
- Zusagen Privater und öffentlich-rechtliche Verträge im Rahmen der Fusionskontrolle, in: Wettbewerb im Wandel, Festschrift für Eberhard Günther, Baden-Baden 1976, S. 223 ff. (Scholz, in FS Günther).

- SCHULTZ; Klaus-Peter: Die Ausgestaltung der fusionsrechtlichen Zusagenregelung in der Praxis, WuW 1982, 429 ff.
- SCHULZE-FIELITZ, Hellmuth: Der informale Verfassungsstaat, Berlin 1984
- SCHUPPERT, Gunnar Folker: Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaften, VerwArch 1980, 340 ff.
- SELLNER, Dieter: Bericht über die 7. Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht, NVwZ 1984, 162 f.
- SIMON, Herbert A.: Entscheidungsverhalten in Organisationen - Eine Untersuchung von Entscheidungsprozessen in Management und Verwaltung, 3. Aufl. Landsberg 1981. (Simon, Entscheidungsverhalten in Organisationen).
- STEIN, Ekkehart: Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967 (Stein, Wirtschaftsaufsicht).
- STEINBERG, Rudolf: Komplexe Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, DÖV 1982, 619 ff.
- STEINDORFF, Ernst: Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 217 ff. (Steindorff, in FS Larenz).
- STELKENS, Paul/BONK, Heinz-Joachim/LEONHARDT, Klaus: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 1983 (Bearb., in Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG).
- STERN, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 1. Aufl. München 1977, 2. Aufl. München 1984 (Stern, Staatsrecht).
- STERN, Klaus: Schlichte Verwaltungsäußerungen, BayVBl. 1957, 44 f. und 86 ff.
- TEICHMANN, Arndt: Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962 (Teichmann, Gesetzesumgehung).
- THIEME, Werner: Verwaltungslehre, 3. Aufl. Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (Thieme, Verwaltungslehre).

TRAUMANN, Clemens: Die Zusage im Verfahren der Zusammenschlußkontrolle, Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (Traumann, Zusage)

- Die Zusammenschlußrechtliche Zusage, DB 1981, 976 ff.

ULE, Carl Hermann/LAUBINGER, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrenrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1977 (Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht).

- Empfehlen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung notwendigen Umweltschutzes ergänzende Regelungen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozeßrecht?, Gutachten für den 52. Dt. Juristentag, in: Verhandlungen des 52. Dt. Juristentages, Band I, Teil B, München 1978 (Ule/Laubinger, Gutachten für Juristentag).

ULMER, Peter: Überlegungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht, WuW 1971, 878 ff.

- Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz, Zwischenbilanz nach fünfjähriger Geltung, BB 1982, 584 ff.

UMWELTGUTACHTEN der Bundesregierung, BT Drucks. 8/1938.

WÄLDE, Thomas W.: Juristische Folgenorientierung. "Policy Analysis" und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Frankfurt 1979, (Wälde, Juristische Folgenorientierung).

WEBER, Klaus: Geschichte und Aufbau des Bundeskartellamtes, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn und München 1968, S. 263 ff. (Weber, Geschichte und Aufbau des BKartA, in: Zehn Jahre BKartA).

WEBER-DÜRLER, Beatrice: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel, Frankfurt 1983 (Weber-Dürler, Vertrauensschutz).

- WERNER, Rosemarie: Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen im GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, S. 49 ff. (Werner, Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78),
- WESTRICK, Klaus/LOEWENHEIM, Ulrich: GWB Kommentar, Herne, Berlin 1966 ff. Loseblattausgabe (Westrich/Loewenheim).
- WINDBICHLER, Christiane: Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle, Heidelberg 1981 (Windbichler, Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle).
- Nochmals: Zusagen bei der Zusammenschlußkontrolle, WuW 1982, 845 ff.
- WINTER, Gerd: Bevölkerungsrisiko und subjektives öffentliches Recht im Atomrecht, NJW 1979, 393 ff.
- WOLF, Heinz: Wettbewerbsregeln. Zweck, Arten und Anwendung, Düsseldorf 1972 (Wolf, Wettbewerbsregeln).
- WOLFF, Hans Julius/BACHOF, Otto: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 9. Aufl. München 1974 (Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I).
- Verwaltungsrecht III, 4. Aufl. München 1978 (Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III).
- WOLTER, Matthias: Die Zusagenpraxis des Bundeskartellamtes, WuW 1979, 213 ff.
- WÜRDINGER, Hans: Rechtskontrolle der Verfügungen der Kartellbehörden durch die Gerichte (§ 70 Abs. 4 GWB), WuW 1958, 392 ff.
- ZEZSCHWITZ, Friedrich von: Wirtschaftsrechtliche Lenkungsstechniken, JA 1978, 497 ff.

1. ABSCHNITT: EINFÜHRUNG, ZIEL, VORGEHENSWEISE,
 GEGENSTAND

§ 1 ZIEL DER ARBEIT

"Das Schwergewicht der Tätigkeit der Kartellbehörden liegt nicht allein bei dem Erlaß von Entscheidungen im formellen Verfahren. Die Wirtschaft legt weitgehend Wert darauf, mit den Kartellbehörden zu klären, wie sie ihr Verhalten einrichten muß, um behördliches Einschreiten unnötig zu machen," ... oder "um eine formelle Ablehnung ihrer Anträge durch die Kartellbehörde zu vermeiden."

So heißt es in der Stellungnahme der Bundesregierung zum ersten Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes im Jahre 1958 1).

Das Bundeskartellamt hatte mit dieser Vorgehensweise an die Übung angeknüpft, die bei dem Kartellgericht, eingerichtet im Jahre 1923, bestand, und die es gestattete, die Wünsche der Beteiligten zunächst einmal zu besprechen und dabei zu sondieren, mit welcher Einstellung man wahrscheinlich zu rechnen hat 2). An einer solchen Übung hat sich bis heute nichts geändert.

Um so erstaunlicher ist es angesichts der Fülle sonstiger kartellrechtlicher Abhandlungen, daß ausgerechnet dieses "Schwergewicht der Tätigkeit der Kartellbehörden" bisher in der juristischen und nicht-juristischen Literatur nur spärlich behandelt worden ist. Es fehlt bisher eine Untersuchung, die dieser

1) BT Drucks, III/1000, S. 2.S. zur Anfangszeit des BKartA insoweit auch Ewald, WuW 1958, 320, 324.

2) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 40.

alterproben, umfangreichen und dennoch weitgehend verborgenen Praxis gewidmet ist.

Diese Lücke soll mit der vorliegenden Arbeit geschlossen werden.

Sie ist ein Beitrag in der anhaltenden und sich in jüngerer Zeit verstärkenden Diskussion über Formen und Zulässigkeit flexiblen Verwaltungshandelns jenseits von Verfügung und Vertrag. Diese Diskussion erfaßt z. B.

- im Europäischen Kartellrecht die sog. comfort letters 1),
- im Umweltrecht Vorverhandlungen und andere Formen eines sog. loft law 2),
- im Energierecht eine Verflechtung von Staat und Betreiber 3),
- im Bau- und Planungsrecht dem Planverfahren vorhergehende Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen u. a. m. 4),
- im gesamten Wirtschaftsaufsichtsrecht Ratschläge und Formen kooperativer Rechtsetzung 5).

1) EuGH-NJW 1980, 2332f.; vor allem Antwort des EG-Kommissars Andriessen auf die Schriftliche Anfrage von Lady Elles im Europäischen Parlament, WuW 1982, 844.

2) Umweltgutachten 1978, BT Drucks. 8/1938, S. 472 ff.; Ule/Laubinger, Gutachten für Juristentag, S. B 28 f., B 75 f.; Bohne, Informales Gesetzeshandeln, S. 20 ff.; ders., Informaler Rechtsstaat; Randelzhofer/Wilke, Die Duldung; Sellner, Berichte über 7. Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e. V., NVwZ 1984, 162 f. u. v. Lersner, NJW 1982, 2812; s. die Dokumentation selbst, Berlin 1984, S. 97 ff.

3) so z. B. Winter, NJW 1979, 392, 399f.

4) als Beispiel s. nur BVerwGE 45, 309, 317 ff.

5) vg. nur Mertens/Kirchner/Schanze, Wirtschaftsrecht, S. 142 ff. mit vielen Beispielen; früh schon Stein, Wirtschaftsaufsicht, insbes. S. 195 f.

Darüber hinaus wird auch allgemein über Chancen und Risiken eines "kooperativen Staates" 1) und des "informalen Verfassungsstaates" 2) gestritten 3).

Das Ziel dieser Arbeit ist begrenzt auf die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt. Sie sollen vom "Schleier des Undurchsichtigen und Unprüfbaren" 4) befreit werden. Zunächst soll dargestellt werden, worum es bei diesen informellen Verfahren überhaupt geht. Darauf aufbauend werden die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt anhand der anerkannten Rechtsdogmatik rechtlich gewürdigt. Mit knappen rechtspolitischen Bemerkungen soll die Arbeit abschließen.

- 1) So der Titel einer Abhandlung von Ritter, AÖR 104 (1979), S. 389 ff.
- 2) So der Titel der Monographie von Schulze-Fielitz, s. insbes. S. 11 - 15.
- 3) sehr früh schon Krüger, Zusammenarbeit: ders., Allg. Staatslehre, S. 612 ff.; umfassend Kirchhof, Verwalten.
Aus der neueren Diskussion sei nur ausschnitthaft hingewiesen auf die Staatsrechtslehrertagung 1981 zum Thema "Selbstbindungen der Verwaltung", VVDStRL 40 (1982), S. 152 ff.; auf Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung mit Beiträgen einer Tagung der Sektion Rechtssoziologie in der Dt. Gesellschaft für Soziologie aus dem Jahre 1980; v. Zezschwitz, JA 1978, 479 ff.; Schuppert, VerwArch 1980, 339, 340 f.; Fiedler, AÖR 105 (1980), 79, 106 ff.; Bull, Verwaltungsrecht, § 5, 7, S. 132 f.
- 4) Vizepräsident des BKartA Niederleithinger in einem Brief an den Verf.

§ 2

VORGEHENSWEISE BEI DER SACH-
VERHALTENSERMITTLUNG

Um eine rechtliche Würdigung sachgerecht durchführen zu können, ist vorweg eine Darstellung des tatsächlichen Ablaufs der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt erforderlich. Deshalb mußten für diese Untersuchung Verfahrensweisen gesucht werden, die die Abläufe und Wirkungsweisen der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt beschreibbar machen konnten.

I. Direkte Daten- und Informations-
erhebung

Die dem Juristen gebräuchlichen Vorgehensweisen, z. B. die Auswertung der Tatbestände von Gerichtsurteilen, standen im Hinblick auf die Zielsetzung und das damit gegebene Erkenntnisinteresse nicht zur Verfügung. Deshalb war eine direkte Daten- und Informationserhebung als Voraussetzung für eine Beschreibung der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt erforderlich. Sie wurde mit dem Instrumentarium der empirischen Sozialforschung 1) vorgenommen.

Die damit unausweichliche Verbindung von Verfahrensweisen einer Wissenschaft vom Sein mit denen der Jurisprudenz als einer Wissenschaft vom Sollen ist nicht unproblematisch 2).

- 1) Vgl. aus der insoweit unübersehbaren Lit. nur: König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, Erster Teil; Friedrichs, Methoden; v. Koolwijk/Wieken-Mayser, Techniken der empirischen Sozialforschung, 4. Band; Derlien, Empirische Verwaltungsforschung, in PVS 13/1982, S. 122 ff.
- 2) Über die Bedeutung der Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung herrscht Streit. S. zwei extreme Standpunkte: Henke, JZ 1974, 729 ff.; Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, insbes. S. 168ff.
Ausgewogen dagegen z.B.: Hopt, JZ 1975, 341 ff.; Wälde, Juristische Folgenorientierung.

Dennoch blieb kein anderer Weg, wollte man nicht auf eine Untersuchung der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt ganz verzichten.

Um das sich aus dieser Verbindung ergebende Risiko zu begrenzen und um nicht der Gefahr einer fruchtlosen theoretischen Überhöhung der sozialwissenschaftlichen Erhebungstechniken zu erliegen 1), kamen zur Informationsgewinnung nur allgemein anerkannte und in der praktischen Durchführung wenigstens weitgehend unstrittige empirische Forschungsinstrumente in Betracht.

1: Interviews

Angesichts der geringen Zahl von führenden Beamten im Bundeskartellamt konnten Informationen hauptsächlich durch sog. ermittelnde Interviews 2) gewonnen werden.

- 1) Wie wohl Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 98 ff.; s. auch zur sog. Implementationsforschung die "Methoden"-Diskussion: Mayntz, in dies. (Hrsg.) Implementation, S. 1 ff.; dies., Die Verwaltung 10 (1977), S. 51 ff.
Vor der Gefahr einer Mystifizierung und metawissenschaftlichen Komplizierung von empirischer Erkenntnisgewinnung warnt zur Recht Hasselsweiler, Vermittlungsausschuß, S. 197 f.
- 2) Dazu allgemein: Scheuch, in König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, Erster Teil, S. 82 ff.; König, Interview, S. 143 ff.; Friedrichs, Methoden, S. 207 ff.; v. Koolwijk/Wieken-Mayser, Techniken der empirischen Sozialforschung, 4. Band, S. 15; speziell zur Verwaltungsforschung: Derlien Empirische Verwaltungsforschung, in PVS 13/1982, S. 122, 126.

So wurden mit folgenden Personen halbstandardisierte (Frageformulierung nur z. T. festgelegt), qualitative (Frageanordnung variabel, keine vorgegebenen Antworten) Interviews 1) anhand eines Interviewleitfadens 2) durchgeführt:

- allen Direktoren der Beschlußabteilungen, die für die Fusionskontrolle zuständig waren 3),
- dem Direktor und einem Berichterstatter der Beschlußabteilung, die für Konditionenempfehlungen zuständig ist und
- dem zuständigen Berichterstatter der Beschlußabteilung, die Lizenzverträge bearbeitet.

Zur Entwicklung des Leitfadens wurde ein Gespräch mit dem Vizepräsidenten des Bundeskartellamtes geführt. Der Leitfaden wurde vor den Interviews in einem Pretest 4) einem Beisitzer einer Fusions-Beschlußabteilung vorgelegt. Zur Kontrolle der Ergebnisse der

-
- 1) Zur näheren Erläuterung dieser Begriffe statt aller: König, Interview, S. 27, 39 f., 45, 143 ff.; Friedrichs, Methoden, S. 224 ff.
 - 2) Ein Leitfaden für die Interviews bei der Fusionskontrolle findet sich als Anhang.
 - 3) Seit der Organisationsreform vom 01.05.1984 sind nunmehr alle 9 Beschlußabteilungen auch für die Fusionskontrolle zuständig. Ein Interview erübrigte sich, da der Direktor einer Beschlußabteilung beim BKartA während eines Seminars ausführlich über informelle Verfahren in Anwesenheit des Verf. referierte.
 - 4) Dazu: Friedrichs, Methoden, S. 153 ff., 234 f.; der Leitfaden wurde daraufhin geringfügig geändert.

der Interviews fand ein resümierendes Gespräch mit dem Präsidenten des Bundeskartellamtes statt. Danach wurden mit erfahrenen Vertretern von drei großen Unternehmen aus unterschiedlichen Branchen ebenfalls Interviews durchgeführt. Dabei wurde der erwähnte Leitfaden in spiegelverkehrt veränderter Form verwendet. Die Einzelangaben wurden dann, soweit sie durch andere Interviewpartner und/oder durch die spärlichen Angaben im Schrifttum erhärtet werden konnten, zu einer geschlossenen Darstellung der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt verarbeitet. Der erbetenen Vertraulichkeit Rechnung tragend können die einzelnen Angaben aus den Interviews quellenmäßig nicht genau belegt werden. Die ohne Beleg aufgeführten wörtlichen Zitate in dieser Arbeit stammen aus den verschiedenen Interviews.

2. Akteneinsicht

Zum Teil konnten die aufgrund der Interviews gewonnenen Ergebnisse durch Einsicht in Akten und Unternehmensunterlagen 1) bestätigt und - anonymisiert - als Fallstudien aufbereitet werden.

II. Verlässlichkeit und Gültigkeit

Jede Daten- und Informationserhebung muß sich nach der Verlässlichkeit und Gültigkeit 2) der Ergebnisse fragen lassen. Bedenken ergeben sich hier bei zwei Punkten:

- 1) Zur Dokumentenanalyse Derlien, Empirische Verwaltungsforschung, in PVS 13/1982, S. 122, 128.
- 2) Zur Erklärung dieser Begriffe Scheuch, in König, Handbuch der empirischen Sozialforschung, Band 2, Erster Teil, S. 134 ff.

- Die Vergleichbarkeit einzelner Antworten aus den Interviews ist schwierig, da die Antworten nicht quantitativ ausgewertet werden konnten. Dieses Problem ist jedoch mit qualitativen Interviews notwendigerweise verbunden und nicht zu umgehen.
- Die erlangten Informationen stammen zumeist aus dem Bereich des Bundeskartellamtes.

Dieses Problem der Einseitigkeit läßt sich bei Untersuchungen über Behördenverhalten nie völlig ausräumen. Um es zu vermindern, wurden die erwähnten Spiegelbildinterviews 1) durchgeführt.

Wiederholte Kontrollfragen einschließlich des ausdrücklichen Hinweises auf Widersprüche zu Aussagen vorhergehender Interviewpartner hatten das gleiche Ziel.

Der besondere Vorzug der durchgeführten Daten- und Informationserhebung liegt darin, daß ihr im Bundeskartellamt eine Erhebungsquote von nahezu 100 % aller möglichen zu Befragenden zugrunde liegt.

Im übrigen ist hervorzuheben, daß alle Vertreter des Bundeskartellamtes und der Unternehmen die Gespräche mit einer nicht erwarteten Offenheit führten.

Trotz der genannten Probleme und der gegenüber empirischen Erhebungen stets gebotenen Skepsis weisen die Ergebnisse der direkten Daten- und Informationserhebung also ein hohes Maß an Verlässlichkeit und Gültigkeit auf.

1) s. oben § 2 I 1.

§ 3

GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG

I.

Beschränkung auf Verwaltungssachen

Diese Untersuchung beschränkt sich auf die Darstellung und rechtliche Würdigung der Praxis informeller Verfahren in Angelegenheiten, die im Zusammenhang mit kartellbehördlichen Verwaltungssachen steht, §§ 51 - 80 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Probleme informeller Vorgehensweisen des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, §§ 87 - 91 GWB, entstehen nicht.

Das im Bundeskartellamt lange Jahre übliche Aushandeln einer Geldbuße zwischen dem Bundeskartellamt und betroffenen Unternehmen oder Verbänden im Zusammenhang mit Bußgeldsachen, (§§ 81 - 85 GWB 1), bleibt unerörtert. Denn seit Anfang der 80er Jahre gibt es eine behördeninterne Anweisung, die Höhe der Geldbuße nicht mehr zum Gegenstand von Verhandlungen zu machen. Im Einzelfall mögen gegen diese Anweisung derartige Verhandlungen dennoch geführt werden. Es handelt sich dabei aber um Randerscheinungen der Tätigkeit des Bundeskartellamtes, die hier aus Gründen der Konzentration und der Übersichtlichkeit außer Acht gelassen werden können.

II.

Begriff der informellen Verfahren

Der Begriff der informellen Verfahren bedarf einer Erklärung und Begründung.

1) Tiedemann, in Immenga/Mestmäcker, § 82, Rdnr. 55 mwN.

1.

Sprachgebrauch

Der Sprachgebrauch im Bundeskartellamt, in Gesetzgebung und Literatur zur Bezeichnung von Verwaltungshandlungen 1), die hier als informelle Verfahren bezeichnet werden, ist vielfältig.

Teilweise werden Bezeichnungen gewählt, die den Gesprächscharakter dieser Verwaltungshandlungen betonen: "zwangslose Unterhaltungen" 2), "nicht verfahrensgewordene Vorgespräche" 3); "Erörterung der Sach- und Rechtslage auch außerhalb der im GWB vorgeschriebenen förmlichen Verfahren" 4), "informelle Kontakte" 5), "informelle Erörterung im Vorfeld des Kontrollverfahrens" 6), "Vorgespräche" 7), "informelle Klärung" 8). Teilweise soll durch das Vorausschicken der Silbe Vor -

- 1) Zugrundegelegt wird hier die Def. des Begriffes Verwaltungshandlung von Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 45 I a, S. 363: "Verwaltungshandlungen sind alle Handlungen von Amtswaltern der Verwaltung oder von Kollegialorganen, die einem Träger öffentlicher Verwaltung zugerechnet werden."
- 2) v. Brunn, Verwaltungspraxis, S. 39 f.
- 3) Rinck, WuW 1974, 292, 298.
- 4) Stellungnahme der BReg. zum TB des BKartA 1959, BT Drucks. III/1975, S. 2.
- 5) Harms, Praxis, S. 43, 44.
- 6) Stellungnahme der BReg. zum 1. Hauptgutachten der Monopolkommission, BT Drucks. 8/702, S. 13.
- 7) Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1892, S. 193, Tz. 698; von "Vorgesprächen" sprechen innerhalb des BKartA in einer Beschlußabteilung auch diejenigen, die eine "Akte" anlegen oder einen Vermerk im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle machen.
- 8) Begr. der BReg. zur 2. Novelle, BT Drucks. VI/2520 S. 30; Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 175 im Zusammenhang mit der Zusammenpraxis bei der Fusionskontrolle.

klar gemacht werden, daß das Eigentliche erst noch zu erwarten ist: "formlose Vorprüfung" 1), "formlose Vorverfahren" 2), "informelle Vorprüfungen" 3), "informelle Vorverfahren" 4).

Am bekanntesten und in der Praxis des Bundeskartellamtes am gebräuchlichsten ist aber die Bezeichnung "informelle Verfahren" 5).

Dies ist aber nur einer der Gründe, warum hier diese Bezeichnung zugrundegelegt wird. Hinzu kommt, daß die Bezeichnungen, die den Gesprächscharakter oder die Vor - läufigkeit herausstellen, bereits eine Wertung

- 1) TB des BKartA 1977, BT Drucks. 8/1925, S. 15; Hennig/Paetow, DB 1978, 2349, 2350; Hennig/Jarre, DB 1980, 1429, 1431; Tiedemann, in Immenga/Mestmäcker, § 38, Rdnr. 228, 234; Benisch, im GK, § 38, Rdnr. 135, alle im Zusammenhang mit Konditionenempfehlungen.
- 2) Interne Bezeichnung einer Beschlußabteilung im BKartA bei Konditionenempfehlungen; meistens wird hier sogar die Bezeichnung "formlos" weggelassen; vgl. auch Beschluß vom KG vom 27.06.1972, WuW/E OLG 1297, 1298.
- 3) Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 43; Presseerklärung des BKartA zum Fusionsfall Neff/Bosch - Siemens, vgl. FAZ vom 16.10.1982, S. 16.
- 4) Müller/Gießler/Scholz, § 20, Rdnr. 68 im Zusammenhang mit Lizenzverträgen; Rauschenberg, NJW 1975, 1993, 1997.
- 5) Ausschlußbericht (Dr. Frerichs, Dr. Jens) zur 2. Novelle, BT Drucks. 7/765, S. 10; TB des BKartA 1976, BT Drucks. 8/704, S. 17; Kartte, Interview, food+nonfood, Heft 11/1981, S. 20; Emmerich, Kartellrecht, S. 337; Commichau/Schwartz, Grundzüge, S. 113; Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1982, S. 193, Tz. 697 ff.; Niederleithinger im Brief an den Verf.

enthalten. Diese besteht darin, daß - stillschweigend - eine Unverbindlichkeit der Gespräche und der Vor - verfahren vorausgesetzt oder angenommen wird. Eine derartige Wertung darf aber nicht im vorhinein durch die Begrifflichkeit vorgenommen werden.

Die Bezeichnung Informelle Verfahren enthält Wertungen dieser oder der gegenteiligen Art nicht. Weiter ist es sinnvoll, den Begriff des Verfahrens einzubeziehen. Begriffe wie Vorgespräche, Kontakte, Unterhaltungen o. ä. sind in ihrem Bedeutungsfeld z. T. zu eng, z. T. zu weit, als daß sie für die hier zu untersuchenden Verwaltungshandlungen treffend sein könnten. Denn Gespräche, Unterhaltungen, Erörterungen u.a.m. finden innerhalb streng formalisierter, gesetzlich vorgesehener Verfahren ebenso statt wie außerhalb jeden Verfahrens.

2. Informalität als Terminus anderer Wissenschaften

Auffallend ist, daß der Sprachgebrauch den beschreibenden Zusatz "informell" oder "formlos" enthält. Der Jurist wird als Gegenbegriff zu "formell" zunächst an "materiell" denken.

Der Begriff der Informalität hat seinen Ursprung nicht in der Jurisprudenz, sondern in der Soziologie und in der Verwaltungswissenschaft 1). Vor einer für juristische Zwecke brauchbaren Definition des Begriffes der informellen Verfahren beim Bundeskartellamt soll daher ein kurzer Blick auf diese Wissenschaften insoweit gerichtet

1) Auch Bohne weist darauf hin, Informaler Rechtsstaat, S. 43, ebenso Schulze-Fielitz, S. 12f.

werden, als dies für die vorliegende Arbeit erforderlich ist.

Die Unterscheidung von formalen und informalen 1) Rollen war eine der ersten Einsichten, die die Anwendung des soziologischen Rollenbegriffs auf Organisationen einbrachte 2).

Der Begriff der informalen Organisation kennzeichnet "interpersonale Beziehungen in einer Organisation, die sich zwar auf Entscheidungen in ihr auswirken, die aber im formalen Schema ausgelassen sind." 3)

Die Summe der Verhaltensweisen innerhalb dieser Beziehungsgeflechte macht die informale Rolle einer Person in einer Organisation aus.

Dieser Gedanke wird in der Verwaltungswissenschaft auf Verwaltungen angewandt:

"Das bürokratische Organisationsschema wird im Verwaltungsalltag durch informelle Beziehungen vielfacher Art ergänzt und modifiziert. Es handelt sich um Beziehungen und Gruppenbildungen, die im formalen Organisationsschema einer Behörde nicht vorgesehen sind 4)", oder,

1) Informal und informell ist das gleiche.

2) Luhmann, Funktion und Folgen, S. 283; vgl. insbes. Mansfield-Morstein, Informal Organization, S. 294ff. Zusammenfassend: Irle, Soziale Systeme und Gross, Organizations and Their Managing.

3) Simon, Entscheidungsverhalten in Organisationen, S. 174, der als formales Schema die Festlegung von Verantwortlichkeiten, Verfahren und Kommunikationsbeziehungen, z. B. des Dienstweges, bezeichnet, S. 173; ähnlich auch Gross, Organizations and Their Managing, S. 238 und Kirsch, Entscheidungsprozesse, 3. Band, S. 88.

4) Mayntz, Soziologie der öffentlichen Verwaltung, S. 113; fast gleichlautend Quaritsch, FS Ule, S. 135, 139 ff.

"sich ohne Anordnung der zuständigen Instanzen bilden und sich als Muster von Verhaltensweisen entwickeln 1)".

Es läßt sich also feststellen, daß der Begriff informal oder informell dann verwandt wird, wenn es um tatsächlich vorhandene Strukturen oder Verhaltensweisen geht, für die Regelungen ausgelassen wurden oder nicht vorgesehen sind.

Einigkeit besteht darin, daß mit der Feststellung einer bestimmten Struktur oder eines Verhaltens in einer Organisation oder Verwaltung als informell nicht die Beurteilung als illegal 2) einhergehen muß (im Sinne von vorschriftswidrig, formale Erwartungen verletzend 3). Wichtig ist ferner, daß die informellen Strukturen und Verhaltensweisen (als Grund ihres Zusammenseins) auf ihre formellen Entsprechungen bezogen bleiben 4), sei es in Gestalt von Ergänzung, Modifizierung oder Negation. Fehlt es an diesem Bezug, so sind die vorhandenen Strukturen oder Verhaltensweisen nicht mehr als informell, sondern schon als privat zu bezeichnen.

- 1) Thieme, Verwaltungslehre, S. 65, Rdnr. 165 mit Beispielen in Rdnr. 167 ff.
- 2) Quaritsch, FS Ule, S. 135, 154; Böhne, Informaler Rechtsstaat, S. 43.
- 3) So die Def. für illegal bei Luhmann, Funktion und Folgen, S. 304.
- 4) Auf diesen Zusammenhang weist insbesondere Luhmann hin, Funktion und Folgen, S. 285; auch Quaritsch spricht vom "Leitseil des Formellen" für die Informalität, in FS Ule, S. 135, 157.

3.

Definition

Ein Vergleich des Befundes aus der sozialwissenschaftlichen Literatur mit den Ergebnissen der Interviews zeigt, wie übereinstimmend der Begriff informell verwendet wird:

In den Sozialwissenschaften geht es um Strukturen oder Verhaltensweisen, für die es Regelungen nicht gibt, die aber auf formelle Regeln bezogen sind.

Vertreter des Bundeskartellamtes und der Industrie verwenden die Begriffe formell und informell dergestalt, daß sich der Begriff Form jeweils auf das Gesetz (GWB) bezieht:

"Informell heißt: nicht im Gesetz vorgesehen",
"außerhalb der im Gesetz vorgesehenen Fälle",
"informell ist ein Gegenstand, der auch Gegenstand einer offiziellen Anmeldung sein könnte, bei dem aber die Förmlichkeit fehlt".

Die Übereinstimmungen überraschen nicht. Den Regelungen innerhalb der Organisationen (Geschäftsverteilungspläne etc.) entsprechen die Verfahrensvorschriften für die Organisation im Verhältnis zu Dritten. Im Grunde genommen wird in der Rechtswissenschaft und den Sozialwissenschaften insoweit der gleiche Gegenstand betrachtet, nämlich einmal Verwaltung als Tätigkeit, und zum anderen Verwaltung als Organisation; nur der Blickpunkt des Gegenstandes wird gewechselt.

Insofern ist es auch nicht erstaunlich, daß informelle Verfahren beim Bundeskartellamt als einer Verwaltungsbehörde üblich sind, ebenso wie es dort - wie in jeder Organisation - in den Innenbeziehungen informale Rollen und Strukturen geben dürfte.

Eine genaue Bestimmung des Begriffes der "INFORMELLEN VERFAHREN" beim Bundeskartellamt für den weiteren Gang der Untersuchung ist somit wie folgt möglich:

Bei den informellen Verfahren beim Bundeskartellamt handelt es sich um tatsächliche Verhaltensweisen des Bundeskartellamtes, die zwar auf im GWB ausdrücklich geregelte Verfahren in Verwaltungssachen bezogen bleiben, die aber selbst dort nicht vorgesehen sind.

Die am Ende der informellen Verfahren stehenden Ergebnisse werden hier als Bestandteile der informellen Verfahren angesehen 1) und dementsprechend mit untersucht. Der Grund hierfür ist allein die dadurch erleichterte Darstellungsweise. Eine Stellungnahme zu dem Streit, ob die am Ende eines Verfahrens stehenden Maßnahmen dem materiellen Recht oder dem Verfahrensrecht angehören und ob § 9, 2. Halbsatz BVwVfG diesen Streit entschieden hat 2), ist damit nicht beabsichtigt.

1) Anders Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 46 f.

2) vgl. dazu nur Bettermann, VVDStRL 17 (1959), S. 118, 121 f., 140; dagegen Menger, daselbst, S. 219; Begr. des RegEntw. eines VwVfG, BT Drucks. 7/910, S. 41; Clausen, in Knack, Vor § 9, Rdnr. 4 mwN; Kopp, Vor § 1, Rdnr. 8 mwN; vermittelnd Badura, in Erichsen/Martens, AllVerwR, S. 328 f.

2. ABSCHNITT: DARSTELLUNG UND RECHTLICHE WÜRDIGUNG
INFORMELLER VERFAHREN BEIM BUNDES-
KARTELLAMT

Informelle Verfahren gibt es in allen Bereichen kartellbehördlicher Aufsicht in Verwaltungssachen. Ein Beamter meinte - scherzhaft - in einem der Interviews: "Das ganze Amt besteht nur aus informellen Verfahren."

Ihre Erscheinungsformen können in ihren Bezügen zu den entsprechenden formellen Verfahren aus Gründen der Übersichtlichkeit nur in einem Überblick vorgestellt werden. Deshalb werden lediglich die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle als deren wichtigste und vielseitigste Erscheinungsform ausführlich dargestellt und die sich dabei stellenden Rechtsfragen aller informeller Verfahren beim Bundeskartellamt an ihnen exemplarisch erörtert.

§ 4 ÜBERBLICK ÜBER ERSCHEINUNGSFORMEN
INFORMELLER VERFAHREN

I. Informelle Verfahren mit Bezug zu
formeller Aufsicht über Wettbe-
werbsbeschränkungen

1. Kartelle, §§ 1 - 14 GWB

Die informellen Verfahren bei der Aufsicht über Kartelle stehen wie alle informellen Verfahren in engem Zusammenhang mit der formellen Aufsicht.

a) Verbot, Freistellungsmöglichkeit,
Aufsicht

Die Anmeldekartelle, §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und mit Einschränkungen auch 5 Abs. 4 GWB 1), werden durch die bloße Anmeldung bei der Kartellbehörde vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, § 9 Abs. 1 Satz 1 GWB. Eine präventive Prüfung vor der Freistellung ist nicht vorgesehen. Die angemeldeten Kartelle werden in das jedermann zugängliche Kartellregister eingetragen, § 9 Abs. 1 Satz 4, Abs. 6 GWB (Ausnahme: reine Exportkartelle), und im Bundesanzeiger bekanntgemacht, § 10 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Die Widerspruchskartelle (§§ 2, 3, 5a, 5b GWB) werden vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, wenn die Kartellbehörde nicht in einer Frist von drei Monaten seit Eingang der Anmeldung widerspricht. Anmeldung und gegebenenfalls auch der Widerspruch sind bekanntzumachen, §§ 10 Abs. 1 Nr. 2, 58 Nr. 2 GWB. Die Erlaubniskartelle (§§ 4, 5 Abs. 2, 3, 6 Abs. 2, 7, 8 GWB) bedürfen einer Erlaubnis, um vom Verbot des § 1 GWB freigestellt zu werden.

Bereits der Antrag ist im Bundesanzeiger bekanntzumachen, § 10 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Das Gleiche gilt für die Ablehnung des Antrages, § 58 Nr. 1 GWB. Dritte haben gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB die Möglichkeit, sich zum Erlaubnisverfahren beiladen zu lassen oder sonst Einwände zu erheben.

Alle Kartelle unterstehen nach ihrer Freistellung einer kartellbehördlichen Aufsicht.

1) Bei diesem Kartell wirkt die Anmeldung für die Freistellung vom Verbot des § 1 GWB nicht konstitutiv, vgl. § 9 Abs. 1 Satz 3 GWB; dazu: Immenga, in ders./Mestmäcker, § 5 Rdnr. 143. Sie werden dennoch zu den Anmeldekartellen gerechnet.

Deren Kern bilden die Mißbrauchstatbestände und die Befugnis der Kartellbehörde, nachträglich den beteiligten Unternehmen aufzugeben, den beanstandeten Mißbrauch aufzugeben; die Kartellbehörde kann bei einem Mißbrauch auch dem Kartell die Freistellung vom Verbot des § 1 GWB wieder entziehen.

Dieses gesetzliche System von Verbot, Freistellungsmöglichkeit und nachträglicher Mißbrauchsaufsicht kann in der praktischen Handhabung zu folgendem Ablauf führen:

Ein Kartell wird angemeldet, die Freistellungsvoraussetzungen werden gegebenenfalls 1) geprüft, das Kartell wird in das Kartellregister eingetragen. Alles findet durch die Bekanntmachungsvorschriften weitgehend öffentlich statt. Nachträglich wird dann das Kartell auf das Vorliegen eines Mißbrauchstatbestandes geprüft und die gerade erst erwirkte Freistellung wieder rückgängig gemacht. Auch dies wird vor der Öffentlichkeit ausgetragen.

Ein solcher Ablauf wäre für die betroffenen Unternehmen ebenso wie für das Bundeskartellamt unwirtschaftlich, teuer und für das Image mißlich.

b) Antizipierte Mißbrauchsaufsicht

Zur Vermeidung eines solchen Ablaufs eines Kartellverfahrens gibt es in der Praxis die sog. antizipierte Mißbrauchsaufsicht 2). Sie wird teilweise als ein informelles Verfahren angesehen 3). Bei ihr geht es darum,

1) Nicht bei den Anmeldekartellen, die mit der Anmeldung wirksam, d.h. vom Verbot des § 1 GWB freigestellt werden.

2) Ausf. mwN: K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 174 ff.; FK, § 12, Tz. 86 ff.

3) K. Schmidt, WuW 1980, 577, 580, Fußn. 23.

daß das Bundeskartellamt nach der Anmeldung nicht nur die Freistellungsmerkmale der einzelnen Kartellarten prüft, sondern zusätzlich bereits die Merkmale der eigentlich nachträglichen Mißbrauchsaufsicht nach § 11 Abs. 5, 12 GWB auf ihre Anwendbarkeit untersucht. Dies kann zur Folge haben, daß eine Freistellung allein wegen des Vorliegens eines Mißbrauchstatsbestandes verweigert wird.

Ob in dieser Weise Mißbrauchskriterien bereits in den Freistellungsverfahren geprüft werden dürfen 1), war besonders in den Anfangsjahren des GWB sehr streitig 2). Einer Erörterung dieser Streitfrage bedarf es hier aber nicht. Die antizipierte Mißbrauchsaufsicht ist nämlich kein informelles Verfahren.

Denn erstens liegt ab dem Zeitpunkt der im GWB vorgesehenen Anmeldung eines Erlaubnis- oder Widerspruchskartells zwingend ein formelles Verfahren in Verwaltungssachen vor 3).

-
- 1) So wie es § 2 Abs. 3 Satz 2 GWB für ein Widerspruchskartell, das Konditionenkartell, vorsieht.
 - 2) Die hM bejaht dies:
zur vorgezogenen Prüfung von § 12 Abs. 1: WuW/E BGH 588, 589 ff. "Fensterglas IV", WuW/E BGH 907, 908 "Fensterglas VI", KG WuW/E OLG 469, 473 "Fensterglas III", KG WuW/E OLG 478, 480 "Polyester-Lichtplatten";
zu § 11 Abs. 4, 5:
WuW/E BGH 667, 668 "Rechtselbische Zementpreise IV", KG WuW/E OLG 570, 572 "Thomasphosphat III"; insgesamt bejahend:
Immenga, in ders./Mestmäcker, § 12 Rdnr. 46; Müller/Gießler/Scholz, § 12 Rdnr. 1; Mestmäcker, Ordo 1962, 233 235f.; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 174 ff. Anderer Ansicht sind:
Dörinkel, WuW 1961, 233, 236 ff.; ders., im GK, § 12 Rdnr. 21; Benisch, NJW 1964, 907 ff.; FK, § 12, Tz-88 am Ende, 89 ff.
 - 3) Zum Erlaubniskartell statt aller: FK, § 51, Tz. 22; zum Widerspruchskartell: K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 168; ders., in Immenga/Mestmäcker, § 51, Rdnr. 3; FK, § 51, Tz. 31; Westrick-Loewenheim, § 51, Rdnr. 6; früh schon Reimann, WRP 1957, 319, 323;
teilweise aA Junge, im GK, § 51, Rdnr. 7; Gleiss, NJW 1958, 530, 531.

Zweitens ist die antizipierte Mißbrauchsaufsicht über Kartelle selbst gar kein Verfahren, sondern materiell-rechtlich ein zusätzlicher Prüfungsmaßstab innerhalb eines Freistellungsverfahrens. Der Mißbrauch wird lediglich zum materiell negativen Freistellungsmerkmal 1).

c) Informelle Verfahren bei der Kartellaufsicht

Selbst mit Hilfe der antizipierten Mißbrauchsaufsicht wird aber nicht vermieden, daß das formelle Kartellverfahren öffentlich ist.

Deshalb gibt es bei der Kartellaufsicht informelle Verfahren 2). Sie spielen sich in einer vor die Anmeldung gezogenen Rechtsprüfung ab. Hier werden solche Gesichtspunkte geprüft und vom Bundeskartellamt den Unternehmen mitgeteilt, die auch im Rahmen eines formellen Verfahrens nach der Anmeldung geprüft werden würden, allerdings ohne die Öffentlichkeit und ohne die mögliche Teilhabe Dritter. Zu einem informellen Verfahren bei der Kartellaufsicht kann es auf verschiedene Weise kommen. Entweder die Unternehmen kommen vor der Anmeldung zum Bundeskartellamt und tragen vor, welches Kartell sie demnächst zur Anmeldung bringen wollen. Das Bundeskartellamt prüft dann informell die Rechtslage und teilt seine Bedenken und Einwände mit. Oder die Initiative geht vom Bundeskartellamt aus. Das KG hatte z. B. im Jahre 1972 einen derartigen Fall zu entscheiden 3). Das Bundeskartellamt hatte durch eine

1) So formuliert es Immenga, in ders./Mestmäcker, § 12, Rdnr. 46.

2) Erwähnung finden derartige informelle Verfahren im Zusammenhang mit Kartellen bei Rittner, Wirtschaftsrecht § 19 A I 3, S. 357 f.; Hertin, Die Beteiligten, S. 4f.; v.Brunn, Verwaltungspraxis, S. 39f.

3) WuW/E OLG 1297 f.

Meldung im "Handelsblatt" von einem Gesellschaftsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Vertriebsgesellschaft Kenntnis erhalten. Es leitete ein Bußgeldverfahren zur Überprüfung der Frage ein, ob der Vertrag mit § 1 GWB vereinbar sei. Während dieses Verfahrens schlossen die beteiligten Unternehmen einen Spezialisierungskartellvertrag. Im Beschluß des KG heißt es dann: "Ihre Verfahrensbevollmächtigten reichten diesen Vertrag der Beschlußabteilung mit der Bitte um Vorprüfung ein. Diese Prüfung hat keine Bedenken gegen den Vertrag ergeben. Er ist angemeldet und ohne Widerspruch bekannt gegeben worden." 1) Ob der weitaus größere Teil der Kartellvorhaben in derartigen informellen Verfahren scheitert, weil die Unternehmen angesichts der Bedenken des Bundeskartellamtes die Anmeldung gar nicht erst vornehmen 2), und ob nicht wenige Kartellvorhaben von denen, die übrig bleiben, in den informellen Verfahren ihre endgültige Gestalt gewinnen 3), konnte für diese Arbeit mit angemessenem Aufwand nicht überprüft werden 4). Fest steht, daß es zu wenigen gerichtlichen Entscheidungen in diesem Bereich kommt, was ein Indiz für die Richtigkeit beider Vermutungen ist. Weiter steht fest, daß es im Bereich der Widerspruchskartelle seit 1958 eine ständige und umfangreiche Praxis informeller Verfahren gibt 5). Gleiches gilt im Bereich der Erlaub-

-
- 1) WuW/E OLG 1297; Das KG hat in diesem Fall entschieden, daß die Tätigkeit bei der sog. Vorprüfung bei der anschließenden Gebührenbemessung für die Anmeldung herangezogen werden kann, S. 1298.
 - 2) Beispiel dafür schon im TB 1958, BT Drucks. III/1000, S. 40 f.
 - 3) Beides vermutet Rittner, Wirtschaftsrecht, § 19 A I 3, S. 358.
 - 4) Zahlen über das Ausmaß informeller Verfahren werden im Rahmen der Einzeldarstellung aber noch genannt.
 - 5) Allg.: Begr. zum RegEntw zur 2. Novelle, BT Drucks., VI/2520, S. 25; für Kooperationskartelle gem. § 5b Abs. 2 iVm Abs. 3 Salje, Mittelständische Kooperation, S. 104 f.

niskartelle, insbesondere bei Rationalisierungskartellen gem. § 5 Abs. 2, 3 GWB.

2. Wettbewerbsbeschränkungen in Austauschverträgen, §§ 15 - 21 GWB

a) Untersagungs-, Mißbrauchs-, Erlaubnisverfahren

Die sog. Austauschverträge, §§ 15 - 21 GWB, unterstellt das GWB einer differenzierten Regelung 1): Bei Beschränkungen der Inhaltsfreiheit, §§ 15 - 17 GWB, sind vertikale Preis- und Konditionenbindungen verboten; Preisbindungen für Verlagserzeugnisse wurden einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt.

Bei Beschränkungen der Verwendungs- und Abschlußfreiheit hat die Kartellbehörde nur das Instrument der Mißbrauchsaufsicht zur Verfügung, §§ 18, 19 GWB.

Verträge über gewerbliche Schutzrechte und sonstige Leistungen gem. §§ 20, 21 GWB sind verboten, soweit sie über den Inhalt des Schutzrechtes hinausgehen, § 20 Abs. 1 (vielfältige Ausnahmen in Abs. 2) GWB. Ein Erlaubnisverfahren gem. § 20 Abs. 3 GWB kann die Unwirksamkeit eines ansonsten verbotenen Vertrages beseitigen. Erlaubte Verträge sind einer Mißbrauchsaufsicht ausgesetzt, § 20, Abs. 3 iVm § 11 Abs. 4, 5 GWB.

Im Zusammenhang mit Austauschverträgen sind daher folgende formelle Verfahren in Verwaltungssachen möglich:

1) Zur Begründung dafür: Begr. des RegEntw. zum GWB, BT Drucks, 11/1158, S. 26, 1. Sp.

Die Kartellbehörde kann die Durchführung eines unwirksamen Vertrages im Sinne von §§ 15, 20 Abs. 1 oder 21 iVm 20 Abs. 1 GWB in einem objektiven Untersagungsverfahren gem. § 37 a GWB untersagen. Sie kann Mißbrauchsverfahren mit je unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben einleiten.

Es kann zu einem Erlaubnisverfahren gemäß § 20 Abs. 3 GWB kommen.

b) Informelle Verfahren bei Austauschverträgen

Bezogen auf diese drei Arten formeller Verfahren gibt es entsprechende informelle Verfahren.

aa) Informelle Verfahren mit Bezug zu Untersagungsverfahren

Zum Verständnis der informellen Verfahren, die im Zusammenhang mit objektiven Untersagungsverfahren gem. § 37 a GWB stehen, ist ein Blick darauf erforderlich, welche Bedürfnisse der Praxis § 37 a GWB befriedigt hat und welche nicht. Das objektive Untersagungsverfahren ist erst mit der 2. GWB-Novelle des Jahres 1973 eingeführt worden. Vorher konnte die Kartellbehörde gegen verbotene Kartelle oder Verträge (z. B. §§ 1, 15, 20 Abs. 1 GWB) nur im Bußgeldverfahren vorgehen. Das hatte für die Kartellbehörde den Nachteil, daß den betroffenen Unternehmen neben dem objektiven Verstoß auch ein schuldhaftes Verhalten nachgewiesen werden mußte. Eine Verfügung des Inhalts, die Praktizierung entsprechender Verträge zu unterlassen, war - jedenfalls nach hM - unzulässig 1). Aber auch die Unternehmen konnten von

1) Fischötter, im GK, § 37a, Rdnr. 1; Junge, im GK, 3. Aufl., Vorb. zu § 62, Rdnr. 3; ders. WuW 1973, 834; v. Köhler, NJW 1961, 2093, 2097; Rowedder, WRP 1972, 32; aA Markert, ZHR 134 (1970), 208, 233f.

sich aus nicht formell klären lassen, ob ihr Verhalten gegen das GWB verstieß. Sie mußten sich dazu einem Bußgeldverfahren aussetzen. Das aber taten sie nur ungern.

Deshalb entwickelten sich rasch informelle Verfahren. Unternehmen trugen ihre Vorhaben oder ihre bereits praktizierten Verhaltensweisen dem Bundeskartellamt vor. Dieses erteilte dann nach einer rechtlichen Prüfung eine Auskunft, die von allen Beteiligten als unverbindlich angesehen wurde 1).

Gerade die so empfundene Unverbindlichkeit genügte aber vielfach den Unternehmen nicht. Es wurde deshalb die Einführung eines formellen sog. Negativattestes vorgeschlagen 2). Der Wirtschaftsausschuß lehnte dies im Zuge der Gesetzesberatungen jedoch ab 3). In das Gesetz wurde mit dem § 37 a GWB ein Verfahren eingeführt, das lediglich den Kartellbehörden die Möglichkeit gibt, ein beanstandetes Verhalten der Unternehmen zu untersagen. Der Nachteil für die Kartellbehörden war damit beseitigt. Die Unternehmen dagegen können die Durchführung eines objektiven Untersuchungsverfahrens zwar anregen, sie haben aber allenfalls einen Anspruch auf fehlerfreies Ausüben des Ermessens durch die Kartellbehörde 4). Deshalb gibt es in diesem Bereich auch weiterhin die Praxis informeller Verfahren, wie dies das Bundeskartellamt im Zuge der Gesetzesberatungen zur

-
- 1) Rowedder, WRP 1972, 32; Fischötter, im GK, § 37 a, Rdnr.1 am Ende; Junge, WuW 1973, 834.
 - 2) Bundesverband der dt. Industrie, BDI-Drucks. Nr. 93 v. 15.09.1971, zitiert bei Rowedder, WRP 1972, 32; ders., daselbst mwN FuBn. 5; Rechtsausschuß des BT in seiner Stellungnahme vom 25.05.1973, WuW 1973, 598.
 - 3) Ausschußbericht (Dr. Frerichs, Dr. Jens) zur 2. Novelle, BT Drucks. 7/765, S. 10.
 - 4) Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 37a, Rdnr. 8; Rowedder WRP 1972, 32, 33; Junge WuW 1973, 834, 836, KG WuW/E OLG 1813, 1815 "Medizinischer Badebetrieb"; R. Werner, Schwerpunkte 1977/78, S. 49, 57 ff.

2. GWB-Novelle auch zugesagt hatte 1). Auf Anfrage von Unternehmen und in Gesprächen mit Unternehmen erteilt das Bundeskartellamt weiterhin Auskunft, ob es ein Verhalten für verboten, erlaubt oder erlaubnisfähig hält.

bb) Informelle Verfahren mit Bezug zu Mißbrauchsverfahren

Die informellen Verfahren mit Bezug auf Mißbrauchsverfahren bei Austauschverträgen werden gemeinsam mit der kartellbehördlichen Aufsicht über marktmächtige Unternehmen 2) dargestellt.

Denn in den Abläufen der Verfahren besteht insoweit kein Unterschied 3). Und ein Mißbrauch gem. § 18 GWB geht oft einher mit einem Mißbrauch gem. § 22 Abs. 4 GWB und/oder einer Behinderung/Diskriminierung gem. §§ 26, Abs. 2, 3, 37 a Abs. 3 GWB 4). Das liegt daran

- 1) Ausschlußbericht (Dr. Frerichs, Dr. Jens) zur 2. Novelle, BT Drucks, 7/765, S. 10; s. auch Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 1102.
- 2) Hier und im folgenden wird der Ausdruck marktmächtig (und nicht marktbeherrschend) gewählt, um das gemeinsame Anknüpfungsmerkmal der §§ 22, 26, 37 a Abs. 3 GWB zu bezeichnen, vgl. auch Klaue, Schwerpunkte 1979/80, S. 63, 70.
- 3) Koenigs, Probleme des § 18, S. 301, 329 f.; Büdenbender, WuW 1980, 111, 112; K. Schmidt, WuW 1980, 577, 579 f.
Materiellrechtlich liegt allerdings jeweils ein anderer Mißbrauchs begriff zugrunde.
- 4) Zu den komplizierten materiell-rechtlichen Konkurrenzfragen: Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 18, Rdnr. 25; ders., daselbst, § 37 a, Rdnr. 7 h; Möschel, daselbst § 26, Rdnr. 310 - 312; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 18, Rdnr. 185 f. Zur Konkurrenz von § 18 zu § 26 Abs. 2 GWB: vor allem ausf. K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 236 ff. mwN; Benisch, Schwerpunkte 1978/79, S. 107, 116 ff. Zur Systematik von § 26 und § 37 a Abs. 3 nach der 4. Novelle übersichtlich Klaue, Schwerpunkte, 1979/80, S. 63, 70 f.

daß Ausschließlichkeitsbindungen vorwiegend von marktmächtigen Unternehmen durchgesetzt werden können. Mißbrauchsverfahren gem. § 17 und solche gem. §§ 20, 21 GWB spielen ohnehin in der Praxis eine untergeordnete Rolle.

cc) Informelle Verfahren bei
Lizenzverträgen

Die informellen Verfahren im Zusammenhang mit der kartellbehördlichen Behandlung von Verträgen im Sinne von §§ 20, 21 GWB 1) (meist verallgemeinernd bezeichnet als Lizenzverträge 2)) haben inzwischen eine größere Bedeutung erlangt als die formellen Verfahren. So waren bis Ende 1972 112 Anträge nach § 20 Abs. 3 GWB und 41 Anträge nach § 21 GWB gestellt worden 3). Seitdem hat es überhaupt keine formellen Erlaubnisverfahren mehr gegeben 4), während vor und nach 1972 nicht zählbare informelle Verfahren stattfanden. Nahezu die gesamte Tätigkeit des Bundeskartellamtes im Bereich der Lizenzverträge, von wenigen objektiven Untersuchungsverfahren gem. § 37 a Abs. 1 GWB einmal abgesehen, vollzieht sich auf diese Weise durch informelle Verfahren.

- 1) Müller/Gießler/Scholz, § 20 Rdnr. 68; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 20, Rdnr. 1; Axster, im GK, § 20, 21, Rdnr. 260; Lemhoefer, GRUR 1964, 573, 575 f.; Bandasch/Lemhoefer/Horn, Verwaltungspraxis, S. 8; TB des BKartA 1968, BT Drucks. V/4236, S. 88; TB des BKartA 1973, BT Drucks. 7/2250, S. 115.
- 2) Lemhoefer, GRUR 1964, 573, 479.
- 3) Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 20 Rdnr. 301.
- 4) Ausweislich aller seitdem erschienenen Tätigkeitsberichte des BKartA.

(1)

Abläufe

Sie laufen wie folgt ab:

Die Unternehmen - Lizenzgeber, Lizenznehmer oder beide - wenden sich mündlich oder schriftlich an das Bundeskartellamt und legen ihren kompletten geplanten Vertragsentwurf vor. Sie bitten zu prüfen, ob ein Erlaubnisverfahren gem. § 20 Abs. 3 GWB erforderlich ist oder ob der Vertrag auch ohne ein Erlaubnisverfahren im Blick auf die §§ 20, 21 GWB zulässig ist. Das Bundeskartellamt legt daraufhin eine Akte an unter der Bezeichnung "Kartellrechtliche Prüfung nach §§ 20, 21 Abs. 2 GWB". Statistisch wird diese Prüfung wie ein Verfahren gezählt 1), das nach dem Wortlaut in den Akten auch "eingestellt" wird, wenn es zu keinem Erlaubnisverfahren kommt. Dennoch wird ein solcher Vorgang im Bundeskartellamt nicht als (formelles) Verfahren bezeichnet oder behandelt. In Gesprächen unter Beteiligung der Gegenseite wird dann in nahezu allen Fällen erreicht, daß ein Verfahren nach § 20 Abs. 3 GWB überflüssig wird. Dabei gibt das Bundeskartellamt häufig Formulierungshilfen 2).

Das informelle Verfahren endet in aller Regel nicht mit einem Ergebnis in Form eines Ausspruchs. Alle Beteiligten, Unternehmen und Bundeskartellamt, gehen vielmehr am Ende schlicht davon aus, daß ein Erlaubnisverfahren nicht erforderlich ist und ein Verstoß gegen §§ 20, 21 GWB nicht vorliegt. Gebühren entstehen den Unternehmen durch diese informelle Verfahren nicht.

1) Für die Berechnung der Belastung der einzelnen Beamten und Beschlußabteilungen, nicht für den Tätigkeitsbericht.

2) TB des BKartA 1968, BT Drucks. V/4236, S. 88; TB des BKartA 1973, BT Drucks. 7/2250, S. 115; Müller/Gießler/Scholz, § 20, Rdnr. 68; Bendasch/Lemhoefer/Scholz, Verwaltungspraxis, S. 8.

(2)

Hintergrund

Der Hintergrund für dieses ungewöhnliche Ausmaß informeller Verfahren liegt in folgendem. Die Tatsache, daß Lizenzverträge unter bestimmten Voraussetzungen durch ein Wettbewerbsgesetz verboten und als Ordnungswidrigkeit behandelt werden, war beim Inkrafttreten des GWB neu und höchst umstritten 1).

Ein objektives Untersagungsverfahren gem. § 37 a Abs. 1 GWB gab es noch nicht.

Es herrschte also einerseits eine große Rechtsunsicherheit über die Anwendung der §§ 20, 21 GWB, andererseits konnte man diese Rechtsunsicherheit nur in einem Bußgeldverfahren beseitigen, woran die Unternehmen und das Bundeskartellamt nicht sonderlich interessiert waren.

In dieser Situation, gleich zu Beginn der Arbeit des Bundeskartellamtes, traten die Unternehmen an das Bundeskartellamt heran und legten ihre Lizenzverträge in der beschriebenen Weise vor mit dem Ziel, die Rechtsunsicherheit mindestens für ihren konkreten Fall zu beseitigen 2). Das sprach sich herum. Das Bundeskartellamt publizierte seine Bereitschaft, kostenlos Vorprüfungen durchzuführen 3), und so entwickelte sich die Praxis der informellen Verfahren bei Lizenzverträgen.

1) Vgl. zur Gesetzesgeschichte und kritisch zum Gesetz Axster, im GK, Vorb. §§ 20, 21, Rdnr. 110 ff., 118 ff. mwN; anders Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 20, Rdnr. 29 ff., 44 ff., 57 ff.; s. auch Bandasch, Lizenzverträge, S. 85 ff.

2) Insbesondere Lemhoefer, GRUR 1964, 573, 575.

3) Z. B. TB des BKartA 1961, BT Drucks. IV/378, S. 58.

Dennoch fanden in den ersten Jahren eine Reihe von formellen Erlaubnisverfahren statt. Das lag daran, daß sich die Unternehmen zunächst nicht ohne weiteres mit dem Ausgang der informellen Verfahren zufrieden gaben. Inzwischen jedoch ist im ganzen Rechtssicherheit im Hinblick auf die Auslegung der §§ 20, 21 GWB hergestellt. Auch informelle Verfahren sind selten geworden. Verglichen mit anderen Bereichen möglicher Wettbewerbsbeschränkungen und Aktivitäten des Bundeskartellamtes handelt es sich bei Lizenzverträgen um ein "totes Gebiet".

3. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten
marktmächtiger Unternehmen iSv §§ 22
Abs. 4 - 6, 26 Abs. 2, 3, 37 a Abs.
2, 3 GWB

a) Verhaltenskontrolle über marktmächtige
Unternehmen

Die Vorschriften über wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktmächtiger Unternehmen - §§ 22 Abs. 4 - 6, 26 Abs. 2, 3, 37 a Abs. 2, 3 GWB - haben trotz ihrer erheblichen Unterschiede letztlich einen gemeinsamen Zweck. Sie richten sich gegen eine mögliche Ausnutzung der vom Wettbewerb nicht hinreichend kontrollierten Handlungsspielräume - horizontal und vertikal - marktmächtiger Unternehmen zu Lasten Dritter und die damit verbundenen Störungen des Marktgeschehens; sie schränken insoweit die Handlungs- und Vertragsfreiheit der jeweiligen Normadressaten der Vorschriften ein 1).

1) Markert, in Immenga/Mestmäcker, § 26, Rdnr. 69 zum Verhältnis der Normzwecke von § 22 und § 26 Abs. 2 mwN; ähnlich Emmerich, Kartellrecht, S. 157 f. 197; s. auch zu § 22 Möschel, in Immenga/Mestmäcker, § 22 Rdnr. 11; zu § 26 GWB Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 26, Rdnr. 4f. mwN; zu § 37 a Abs. 3, der lediglich eine Erweiterung des § 26 Abs. 2, 3 auf Horizontalverhältnisse zum Ziel hat, siehe Ausschußbericht zur 4. Novelle, BT Drucks. 8/3690, S. 28 ff.

Die Kontrolle des Bundeskartellamtes wird diesbezüglich durchgeführt mit Hilfe des Mißbrauchsverfahrens gem. §§ 22 Abs. 5, 6 (im Falle des § 22 Abs. 4) GWB und des objektiven Untersagungsverfahrens gem. § 37 a Abs. 2 (in den Fällen des § 26) GWB bzw. gem. § 37 a Abs. 3 GWB. Wenn auch die Wirkungen beider Verfahren unterschiedlich sind - einerseits wird ein Verhalten erst durch die Untersagung verboten, andererseits wird nur untersagt, was von Gesetzes wegen ohnehin schon verboten ist -, so laufen beide Verfahren dennoch gleich ab. Es ergeht am Ende gegebenenfalls jeweils eine Untersagungsverfügung. Auch ansonsten unterscheiden sich beide Verfahren kaum 1). Die Praxis behandelt beide Verfahren weitgehend gleich 2). Deshalb werden hier die Mißbrauchsverfahren und die objektiven Untersagungsverfahren zusammengefaßt behandelt unter der Bezeichnung Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen.

b) Antizipierte Mißbrauchsaufsicht,
Abmahnungspraxis

Ähnlich wie bei den Freistellungen vom Kartellverbot gibt es auch bei der Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen eine antizipierte Mißbrauchsaufsicht 3). Bei ihr ist sorgsam zu unterscheiden zwischen einer formellen und einer informellen antizipierten Mißbrauchsaufsicht.

- 1) K. Schmidt, WuW 1980, 577, 579, insbes. Fußn. 17.
- 2) S. z. B. Titel und Beginn eines Referates von Markert über die Praxis des BKartA: "Mißbrauchsaufsicht nach §§ 22, 26 Abs. 2 GWB", in Schwerpunkte 1976/77, S. 27.
- 3) Koenigs, Probleme des § 18, S. 301, 329 f.; K. Schmidt, WuW 1980, 577 ff.; Büdenbender, WuW 1980, 111 ff.

Die Praxis sieht so aus, daß das Bundeskartellamt gegen ein Unternehmen schon vorgeht, bevor das beanstandete Verhalten der Unternehmen überhaupt zum Abschluß gebracht worden ist 1) oder mindestens, bevor es sich ausgewirkt hat. Dieses präventive Einschreiten kann sowohl in einem formellen Mißbrauchsverfahren 2) als auch informell vonstatten gehen. Die Betonung des Präventiven und die Vernachlässigung der Unterscheidung formell/informell ist der Grund für Verwechslungen und für eine verfehlte Gleichbehandlung formeller und informeller Vorgehensweisen 3) bei der Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen. Die formelle antizipierte Mißbrauchsaufsicht bleibt hier außer Betracht. Die informelle wird sogleich dargestellt.

Zuvor muß jedoch im Zusammenhang mit der Mißbrauchsaufsicht vor einer weiteren Verwechslungsgefahr zwischen formellem und informellem Verfahren gewarnt werden.

- 1) Büdenbender, WuW 1980, 111, 112.
- 2) S. z.B. BKartA WuW/E 1199, 1210 "Kraftfahrzeugpflegemittel" (antizipierte Mißbrauchsverfügung gem. § 18 GWB); für zulässig halten diese Praxis: Koenigs, Probleme des § 18, S. 301, 329 f.; Westrick-Loewenheim, § 18, Rdnr. 48; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 18, Rdnr. 238; K. Schmidt, WuW 1980, 577, 578 ff. Anderer Ansicht sind Schwartz, im GK, § 18, Rdnr. 82; Müller/Gießler/Scholz, § 18, Rdnr. 74; Büdenbender, WuW 1980, 111, 113 ff.
- 3) Büdenbender WuW 1980, 111, 112 geht so unklar vor; klär in der Unterscheidung dagegen K. Schmidt, WuW 1980, 577, 578.

Gem. §§ 17 Abs. 2, 22 Abs. 5 Satz 2, 38 a Abs. 5 GWB soll die Kartellbehörde vor einer Mißbrauchsverfügung die Unternehmen dazu auffordern, den beanstandeten Mißbrauch abzustellen. Dies nennt man eine Abmahnung. Es entspricht der allgemeinen Meinung und der ständigen Praxis des Bundeskartellamtes, daß darüberhinaus generell bei Mißbrauchs- und Untersagungsverfügung die Pflicht besteht, vorher in diesem Sinne abzumahnern 1). Die Abmahnung leitet nach richtiger Meinung ein formelles Verfahren ein 2).

Die Verwechslungsgefahr zu den informellen Verfahren besteht nun darin, daß auch andere Aufforderungen und die Mitteilungen von Bedenken durch das Bundeskartellamt als Abmahnungen bezeichnet werden 3). Und umgekehrt werden die gesetzlich vorgesehenen, also formellen Abmahnungen als "formlos" 4) oder als etwas, was "vorab ohne ein förmliches Verfahren" 5) stattfindet, gekennzeichnet. Beides ist mißverständlich. Der Begriff der Abmahnung ist auf die gesetzlich vorgesehenen Fälle zu beschränken.

-
- 1) K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 8; Junge, im GK § 51, Rdnr. 5; Müller/Gießler/Scholz, § 18, Rdnr. 72; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 62, Rdnr. 11.
 - 2) KG WuW/E OLG 964, 965 "Autoschmiermittel"; v. Gamm, § 51, Rdnr. 2; K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 8, § 51, Rdnr. 6; Ritter, Kartellrecht, § 14 C II 2, S. 322; wohl auch FK, § 51, Tz. 20. Unklar, aber wohl äA Junge, im GK, § 51, Rdnr. 5 und Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 17, Rdnr. 94.
 - 3) So z. B. K. Schmidt, WuW 1980, 577, 585 ff.
 - 4) Junge, im GK, § 51, Rdnr. 5; Westrick-Loewenheim, § 57, Rdnr. 3.
 - 5) Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 17, Rdnr. 94.

c) Informelle Verhaltenskontrolle
über marktmächtige Unternehmen

In der Mehrzahl der Fälle tatsächlicher informeller Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen geht die Initiative vom Bundeskartellamt aus. Ein Beispiel soll verdeutlichen, wie derartige informelle Verfahren ablaufen können.

Anfang Juli 1979 erhöhten einige große Mineralölunternehmen ihre Preise für Vergaserkraftstoff um 5 Pfg. je Liter und für leichtes Heizöl um 2 Pfg. 1). Dies nahm das Bundeskartellamt zum Anlaß, "außerhalb eines förmlichen Verfahrens" 2) die Unternehmen zur Darlegung der Gründe aufzufordern. Die Unternehmen legten daraufhin Unterlagen über ihre Kostenrechnungen vor. Nach Gesprächen mit den Unternehmen hat das Bundeskartellamt dann öffentlich 3) erklärt, die kartellrechtlichen Zweifel des Amtes über die Preiserhöhungen hätten nur durch ein förmliches Verfahren geklärt werden können. Ein derartiges Verfahren hätte jedoch keine Aussicht auf Erfolg, da nach § 22 GWB nur ein zukünftiges Verhalten untersagt werden könne 4). Deshalb wurde auf die Einleitung eines Verfahrens in Verwaltungssachen verzichtet.

- 1) Das Beispiel stammt von Markert, in: Schwerpunkte 1978/79, S. 87, 94 f.
- 2) Markert, Schwerpunkte 1978/79, S. 87, 94.
- 3) Presseerklärung vom 27.07.1979, WuW 1979, 547.
- 4) Zur weiteren Begründung, weswegen die Erfolgsaussichten gering gewesen seien, s. Presseerklärung vom 27.07.1979, WuW 1979, 547. Eine Möglichkeit der rückwirkenden Mißbrauchsfeststellung gab es nicht.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, daß die informellen Verfahren in diesem Bereich eben nicht immer präventiv oder antizipiert sein müssen 1). Weiter läßt das Beispiel erkennen, daß die Unternehmen durchaus nicht immer dazu bereit sind, im Zweifelsfall den informellen Bedenken des Bundeskartellamtes (hier Zweifel an der Zulässigkeit der Preiserhöhungen) nachzugeben 2).

Öffentlich bekannt wurden neben diesem erwähnten Beispiel noch eine Reihe anderer, ähnlicher Fälle 3). In der Regel aber werden die informellen Verfahren im Bereich der Verhaltenskontrolle über marktmächtige Unternehmen nicht bekannt. Daran haben gerade diejenigen Unternehmen, die ihr Verhalten den Bedenken des Bundeskartellamtes anpassen, ein großes Interesse 4). Zahlen über den Umfang der informellen Verfahren in diesem Bereich sind deshalb öffentlich nicht zugänglich.

Es kann aber dennoch davon ausgegangen werden, daß informelle Verfahren auch in diesem Bereich zur ständigen kartellbehördlichen Praxis geworden sind 5). Sie finden statt in Form einer präventiven und repressiven Anmeldung von rechtlichen Bedenken durch das Bundeskartellamt außerhalb der Verfahren gem. §§ 51 ff. GWB. Diese

1) S. dazu oben § 4 I 3 b.

2) So aber Junge, WuW 1973, 834, allerdings in Bezug auf Bußgeldverfahren.

3) TB 1969, BT Drucks. VI/950, S. 67; TB 1970, BT Drucks. VI/2380, S. 51, 70; TB 1971, BT Drucks. VI/3570, S. 63; TB 1973, BT Drucks. 7/2250, S. 82; TB 1977, BT Drucks. 8/1925, S. 56; derselbe Fall im 2. HG der Monopolkommission 1976/77, Tz. 394 ff.

4) Lieberknecht, Schwerpunkte 1977/78, S. 65, 73 f.

5) K. Schmidt, WuW 1980, 577, 585 spricht vom "Schwergewicht für die Praxis"; s. auch Möschel in Immenga/Mestmäcker, § 22, Rdnr. 4 zur Praxis bei § 22 GWB; dazu auch FK, § 22, Tz. 53.

Bedenken bringt das Bundeskartellamt den Unternehmen gegenüber mündlich, schriftlich oder in anderer Weise zum Ausdruck. Die Unternehmen geben zu einem Teil daraufhin ihre Vorhaben auf oder passen sie den Bedenken des Bundeskartellamtes an, um ein (formelles) Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zu vermeiden und um in bezug auf ihr Verhalten wenigstens Rechtssicherheit zu erhalten.

4. Wettbewerbsbeschränkende Strukturveränderungen insbesondere durch Zusammenschlüsse, §§ 22 Abs. 1 - 4, 23 - 24 a GWB

Die informellen Verfahren bei Wettbewerbsbeschränkungen durch Strukturveränderungen in Form von Zusammenschlüssen gem. § 23 Abs. 2, 3 GWB als die wichtigsten überhaupt werden im einzelnen ausführlich und gesondert dargestellt und rechtlich gewürdigt 1).

5. Wettbewerbsregeln, §§ 28 - 33 GWB

Wettbewerbsregeln iSv § 28 Abs. 2 GWB können, müssen aber nicht bei der Kartellbehörde angemeldet werden. Mit dem Vorteil einer Eintragung (§ 29 GWB) sind auch Nachteile verbunden. Der Eintragung geht ein langwieriges Prüfungsverfahren voraus, §§ 30 ff. GWB iVm der VO über das Verfahren bei der Eintragung von Wettbewerbsregeln 2). Dieses Verfahren ist dadurch gekennzeichnet, daß vielen anderen Unternehmen und Vereini-

1) S. unten § 5, § 6

2) VO vom 10.01.1958, BGBl. I. S. 57; abgedruckt in nahezu allen Kommentaren zum GWB.

gungen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, ferner dadurch, daß bei diesem Verfahren weitgehende Publizität herrscht, vgl. § 32 GWB 1). Vieles erinnert dabei an die Verfahren bei der Freistellung von Kartellen vom Verbot des § 1 GWB.

Die informellen Verfahren hier laufen deshalb ähnlich ab wie dort, nämlich als vor die Anmeldung gezogene informelle Rechtsprüfung des Bundeskartellamtes 2), in der die Gesichtspunkte geprüft werden, die auch nach der Anmeldung geprüft werden müßten.

6. Empfehlungen, insbesondere Konditionenempfehlungen. §§ 38 Abs. 2, 3, 38 a GWB

a) Verbot, Ausnahmen, Anmelde-, Mißbrauchsverfahren

Von den grundsätzlich verbotenen Umgehungs- und Preisempfehlungen 3) gem. § 38 Abs. 1 Nr. 11 und 12 GWB gibt es vier Arten von Ausnahmen, §§ 38 Abs. 2 Nr. 1, 2, 3 und 38 a GWB. Diese Ausnahmen sind ohne ein besonderes Freistellungsverfahren kraft Gesetzes erlaubt, sobald

-
- 1) Auch in den TB'en erscheint ein Verzeichnis sämtlicher Anträge auf Eintragung mit dem Hinweis auf den Sachstand, vgl. z. B. TB 1978, BT Drucks. 8/2980, S. 196 ff.
 - 2) Bogner, Praxis, S. 13; Rittner, Kartellrecht, § 11 B II 1, S. 249.
 - 3) Der Begriff Empfehlung wurde grundlegend definiert vom BGH WuW/E 369, 370 "Kohleplatzhandel" und ist seitdem weitgehend unbestritten.

die sachlichen Voraussetzungen gegeben sind 1)). Lediglich bei zwei Empfehlungsarten (§ 38 Abs. 2 Nr. 2, 3 GWB) ist eine Anmeldung erforderlich, die aber ebenfalls ohne weitere Prüfung sofort zur Wirksamkeit der Ausnahmeregelung führt. Alle vom Verbot freigestellten Empfehlungsarten unterliegen einer Mißbrauchsaufsicht, §§ 38 Abs. 3, bzw. 38 a Abs. 3 - 6 GWB.

Dieses System von leicht erreichbaren Ausnahmen eines kartellrechtlichen Verbotes, die dann einer Mißbrauchsaufsicht unterworfen sind, erinnert an das System von Verbot, Freistellungsmöglichkeiten und Aufsicht über Kartelle 2)), insbesondere bei den Anmeldekartellen. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß es in der Praxis des Bundeskartellamtes im Zusammenhang mit Empfehlungen wie bei Kartellen eine ständige Praxis informeller Verfahren gibt 3)).

- 1) Allg. Meinung; statt aller: Tiedemann, in Immenga/Mestmäcker, § 38 Rdnr. 191.
- 2) S. oben § 4 I 1 a; zur Parallele auch v. Gamm, §§ 38, 38 a, Rdnr. 45.
- 3) Es gibt ebenfalls die antizipierte Mißbrauchsaufsicht. Vgl. Tiedemann, in Immenga/Mestmäcker, § 38. Rdnr. 234; v. Gamm, §§ 38, 38 a, Rdnr. 37, 38; Klemp, BB 1977, 1121, 1123; Bunte, BB 1980, 325, 329; Ulmer, BB 1982, 584, 587. Hier wird dort handelt es sich nicht um informelle Verfahren, s. § 4 I 1 b.

b) Informelle Verfahren bei
Konditionenempfehlungen

Eine Praxis informeller Verfahren ist besonders verbreitet bei den Konditionenempfehlungen, und diese werden hier nahezu einhellig als "formlose Vorprüfungen" bezeichnet 1).

Seit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes am 01. April 1977 2) - die Zahl der angemeldeten und bekanntgemachten Konditionenempfehlungen stieg von damals 18 3) auf inzwischen 183 4) sprunghaft an - haben sogar alle angemeldeten Konditionenempfehlungen eine solche formlose Vorprüfung durchlaufen.

Die Anregung dazu ging vom Bundeskartellamt aus 5). Drei Beisitzer der Beschlußabteilung, die für den Bereich der Konditionenempfehlungen allein zuständig ist, arbeiten nur an informellen Verfahren. Ähnlich wie bei

-
- 1) Zunächst Rinck, WuW 1974, 292, 298: "nicht verfahrensgebundene Vorgespräche"; danach seit TB des BKartA 1977, BT Drucks. 8/1925, S. 15, in dem von "formloser Vorprüfung" gesprochen wird, einhellig: Hennig/Paetow, DB 1978, 2349, 2350; Hennig/Jarre, DB 1980, 1429, 1431; Bunte, BB 1980, 325, 330; Benisch, im GK, § 38 Abs. 2, Rdnr. 135; Tiedemann, in Immenga/Mestmäcker, § 38, Rdnr. 228; auch als Beispiel: Beschluß BKartA Wuv/E 1989, 1990 "Druckerei-Konditionen".
 - 2) S. zur Geschichte des AGB-Gesetzes unter dem Gesichtspunkt kartellrechtlicher Kontrolle insbesondere Rinck, WuW 1974, 292 ff. und Bunte, AcP 181 (1981), S. 51 ff.
 - 3) Bunte, AcP 181 (1981), S. 51 ff.
 - 4) Laut letztem TB des BKartA 1983/84, BT Drucks. 10/3550, S. 34.
 - 5) Ergebnis der Interviews; andeutungsweise auch Hennig/Paetow, DB 1978, 2349, 2350 (Hennig war damals Beamter im BKartA).

den Lizenzverträgen spielen die informellen Verfahren bei den Konditionenempfehlungen im Hinblick auf den Umfang der Aktivitäten des Bundeskartellamtes eine bedeutendere Rolle als die formellen Verfahren.

Der typische Ablauf eines informellen Verfahrens bei Konditionenempfehlungen 1) sieht so aus:

Ein Wirtschaftsverband schreibt an das Bundeskartellamt folgenden Brief:

"Anliegend überreichen wir Ihnen informell zur Kenntnis
- den Entwurf für Allgemeine Geschäftsbedingungen
- die Stellungnahme der betroffenen Wirtschafts- und
Berufsvereinigungen

Wir beabsichtigen, den Entwurf nach Prüfung durch Sie als unverbindliche Verbandsempfehlung bei Ihnen anzumelden.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie uns etwaige Bedenken übermitteln würden."

Nach Beratung und Prüfung schreibt dann das Bundeskartellamt:

"Als Ergebnis der formlosen Vorprüfung Ihres Entwurfes ... mache ich auf folgende Punkte aufmerksam:
- (es folgen Bedenken zu einzelnen Punkten des Entwurfs)."

Nunmehr folgen mehrere Schreiben und mündliche Besprechungen, bei denen über die Bedenken des Bundeskartellamtes beraten wird. In den darüber gefertigten Vermerken des Berichterstatters kann man z. B. lesen:

"... Dem Verband ... wird eine Klausel vorgeschlagen, die sich an Konditionenempfehlungen der ... für ... anlehnt."

1) Dem Verf. wurde von der zuständigen Beschlussabteilung des BKartA volle Akteneinsicht gewährt. Der nachfolgend anonymisiert beschriebene Originalfall ist danach als typisch anzusehen.

Schließlich sind - meist durch Nachgeben des Verbandes - die Bedenken des Bundeskartellamtes ausgeräumt. Der Berichterstatter legt in seinem Vermerk nieder:

"Ich habe ... fernmündlich unterrichtet, daß wir der förmlichen Anmeldung keine Bedenken entgegensetzen."

Der Verband meldet seine Konditionenempfehlungen daraufhin an.

Die angemeldete Empfehlung wird im Bundesanzeiger bekanntgemacht.

Im abschließenden Kostenbeschluß - gem. § 80 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist die Anmeldung eine gebührenpflichtige Handlung - wird die Gebühr "im Hinblick auf das umfangreiche Vorverfahren" erhöht festgesetzt.

Können - anders als bei diesem Fall - durch die Erörterungen einzelne Bedenken des Bundeskartellamtes nicht ausgeräumt werden, was durchaus vorkommt, so melden die Verbände ihre Empfehlungen schließlich doch an. Das Bundeskartellamt prüft dann im Wege der antizipierten Mißbrauchsaufsicht die Voraussetzungen der §§ 38 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 GWB und erklärt einzelne Regelungen der Empfehlungen gegebenenfalls für unzulässig.

7. Ausnahmebereiche, §§ 99 ff. GWB

Für die Ausnahmebereiche gem. §§ 99 ff. GWB gelten im Hinblick auf die informellen Verfahren keine Besonderheiten.

Die Praxis der informellen Verfahren unterscheidet sich in nichts von der außerhalb der Ausnahmebereiche.

II. Informelle Auskunftersuchen mit
Bezug zum formellen Auskunftsrecht
des Bundeskartellamtes

Behandelten die bisherigen Ausführungen in diesem Paragraphen informelle Verfahren, die jeweils in Bezug zu in sich eigenständigen formellen (Haupt-) Verfahren kartellbehördlicher Aufsicht standen. so ist zum Abschluß noch ein Blick auf eine andere informelle Vorgehensweise des Bundeskartellamtes zu richten: die Praxis informeller Auskunftersuchen. Diese Praxis steht in Bezug zum Auskunftsrecht des Bundeskartellamtes, vor allem geregelt in § 46 GWB. Da dieses Recht und seine Inanspruchnahme zwar kein Hauptverfahren darstellt, aber gleichwohl in einem eigenständigen Verfahren einschließlich eines Rechtsschutzverfahrens abläuft, kann insofern von einem Nebenverfahren gesprochen werden 1).

1. Formelles Auskunftsverfahren

Gem. § 46 Abs. 6 GWB wird von den Unternehmen eine Auskunft durch schriftliche Verfügung in Form eines Beschlusses angefordert. Der Beschluß ist zu begründen, die Rechtsgrundlage, der genaue Gegenstand und Zweck des Auskunftsverlangens sind anzugeben; eine Frist zur Erteilung der Auskunft ist zu bestimmen. Vier Belehrungen hat der Beschluß zu enthalten: Rechtsmittelbelehrung, Belehrung über Strafbarkeit von Fristversäum-

- 1) Begriff von K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 51. Rdnr. 15. Nicht gefolgt wird aber K. Schmidt, wenn er sagt, daß ein Nebenverfahren zu einem Hauptverfahren in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen muß. Ein Auskunftsverfahren vor einem Verwaltungsverfahren als Bestandteil der Ermittlungen beweist das Gegenteil.

nissen, die Folgen einer unrichtigen Auskunft und über ein Auskunftsverweigerungsrecht. Er ist nach den Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes zuzustellen.

Das Auskunftsverlangen ist dann mit der Beschwerde anfechtbar, die allerdings keine aufschiebende Wirkung hat 1).

2. Praxis informeller Auskunftersuchen

Dieses komplizierte Auskunftsverfahren wird verkürzt bzw. vereinfacht durch die Praxis der informellen Auskunftersuchen, die es seit den Anfangsjahren des Bundeskartellamtes gibt 2) und die das formelle Auskunftsverfahren zur Ausnahme gemacht haben. Das Bundeskartellamt ersucht hierbei die Unternehmen schriftlich, aber ohne die oben genannten Förmlichkeiten, ihm bestimmte Auskünfte und/oder Unterlagen zu geben. Meist wird darauf hingewiesen, daß die Beantwortung der Fragen freiwillig ist. Für den Fall der Nichtbeantwortung wird um Mitteilung binnen einer kurzen Frist gebeten. Teilweise, aber nicht immer, wird in diesen Schreiben angekündigt, daß die Nichtbeantwortung einen Auskunftsbeschluß gem. § 46 GWB zur Folge haben werde. Meistens wird - für den Fall einer freiwilligen Beantwortung - eine weitere Frist genannt, binnen derer die Antworten

-
- 1) Ganz hM seit KG WuW/E OLG 1046, 1047 f. "Kopierautomaten" und KG WuW/E OLG 1463, 1464; FK, § 46, Tz 106; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 63, Rdnr. 6; Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 66; Westrick-Loewenheim, § 46, Rdnr. 19; aA nur noch Junge, im GK, § 46, Rdnr. 16.
 - 2) Schon Lutz, NJW 1961, 1241, 1243 und Krieger, WuW 1962, 104, 109 f. weisen auf die informellen Auskunftersuchen hin.

eintreffen sollten 1).

Die Unternehmen kommen in ihrer Überwiegenden Mehrzahl diesen Ersuchen nach 2).

Das Bundeskartellamt erspart sich so die Einhaltung der strengen Förmlichkeiten des § 46 GWB und damit eine außerordentliche Arbeitsbelastung 3). In Auskunftsersuchen kann das Bundeskartellamt ferner die eine oder andere Frage allgemeiner formulieren, so daß die Unternehmen die Frage so beantworten können, wie es ihrer Erfahrung und ihrer Datenlage am ehesten entspricht. In einem Auskunftsbeschluß müßten die Fragen dagegen ganz konkret gestellt werden. Mit einer ganz konkret formulierten Frage können die Unternehmen aber oft nichts anfangen: sie geht an ihrer Datenlage und deshalb praktisch handhabbarer Beantwortungsmöglichkeit vorbei, womit weder den Unternehmen (Bußgelder drohen bei unzulänglicher Beantwortung, § 39 GWB) noch dem Bundeskartellamt (es enthält nicht aussagekräftige Antworten) gedient ist.

Teilweise wird die Praxis der informellen Auskunftsersuchen in der Literatur kritisiert 4). Die Rechtsprechung

- 1) Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 3; Junge im GK, § 46, Rdnr. 8; FK, § 46, Tz. 3; Westrick-Loewenheim, § 46, Rdnr. 7; Rittner, Kartellrecht, § 14 C I 2 a, S. 321; Liekefett, DB 1975, 339; Lieberknecht, Schwerpunkte 1977/78, S. 65, 68 f.
- 2) Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 3; Rittner, Kartellrecht, § 14 C I 2 a, S. 321; Liekefett, DB 1975, 339, 340.
- 3) So vor allem Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 46, Rdnr. 21.
- 4) "In rechtsstaatlicher Hinsicht wenig befriedigend": FK, § 46, Tz. 8, Rittner, Kartellrecht, § 14 C I 2 a, S. 321; "rechtlich höchst unsicherer Boden": Liekefett, DB 1975, 339, 341.

hat sie dagegen akzeptiert 1).

Insgesamt gesehen ist die Praxis der informellen Auskunftersuchen für das Bundeskartellamt risikoreicher als für die Unternehmen. Falsche Antworten auf Auskunftersuchen sind keine Ordnungswidrigkeit gem. § 39 GWB. Das Bundeskartellamt muß dann, wenn ein Unternehmen auf ein Auskunftersuchen nicht antwortet, erst noch einen Auskunftsbeschluß erlassen, was bei Fristsachen zu erheblichen Zeitproblemen führen kann 2). Wird im Beschwerdeverfahren zur Hauptsache die Richtigkeit der Auskünfte, die auf ein informelles Auskunftersuchen gegeben wurden, streitig, so wird das KG diese Auskünfte nicht zu Lasten der Unternehmen berücksichtigen 3). Demgegenüber tragen die Unternehmen das "Risiko", daß das Bundeskartellamt informell mehr erfragt, als es formell dürfte 4), 5). Diesem Risiko können sie aber entgehen, indem sie solche Fragen unbeantwortet lassen und auf einen formellen Auskunftsbeschluß warten.

- 1) KG WuW/E OLG 1046, 1049 "Kopierautomaten"; KG WuW/E OLG 1189 "Import-Schallplatten".
- 2) Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 3.
- 3) Markert, Referat FORUM am 28.09.1982.
- 4) Auf diese Gefahr weisen besonders hin: Liekefett DB 1975, 339, 340; Lieberknecht, Schwerpunkte 1977/78, S. 65, 69.
- 5) Zu den materiellrechtlichen Anforderungen, die § 46 GWB stellt ("... soweit es zur Erfüllung der ... Aufgaben erforderlich ist"): KG WuW/E OLG 1961 "Flug-Union"; 2433 "Metro-Kaufhof"; 2446 "Heizölhandel"; 2517 "Metro"; 2620 "Vergaserkraftstoff-Abgabepreise".

III.

Zusammenfassung

Der Überblick über die Erscheinungsformen informeller Verfahren beim Bundeskartellamt hat gezeigt: Das Bundeskartellamt praktiziert informelle Verfahren - in allen Bereichen, - in weitem Umfang, - zu jedem Zeitpunkt, - gerufen und ungerufen 1), - mit verschiedenen und dennoch ähnlichen Abläufen.

- Informelle Verfahren gibt es in allen Bereichen kartellbehördlicher Aufsicht in Verwaltungssachen, nämlich der Aufsicht über Kartelle, Wettbewerbsregeln und Empfehlungen, über wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktmächtiger Unternehmen, über Austauschverträge, über Strukturveränderungen und über die sog. Ausnahmebereiche.
- Der Umfang der informellen Verfahren reicht von einer gelegentlichen über eine häufige bis zu der nahezu ausschließlichen Anwendung in einzelnen Bereichen.
- Informelle Verfahren finden zu jedem Zeitpunkt kartellbehördlicher Aufsicht statt, nämlich sowohl vor formellen Verfahren oder vor wettbewerbsbeschränkten Verhaltensweisen als auch gleichzeitig anstelle von formellen Haupt- oder Nebenverfahren.
- Das Bundeskartellamt führt informelle Verfahren auf Initiative von Unternehmen (gerufen) ebenso wie auf eigene Initiative (ungerufen) durch.
- Die Abläufe der informellen Verfahren sind trotz aller Unterschiede durchaus ähnlich. Sie lassen sich beschreiben als Ersuchen, als Anmeldung von Bedenken, das Unterlassen von Bedenken, vorgezogene Rechtsprüfungen und Gespräche. Die informellen Abläufe stehen in engem Bezug zu einem jeweilig zugehörigen formellen Verfahren.

1) Begriffspaar von K. Schmidt. WuW 1980, 577, 586.

§ 5

DARSTELLUNG INFORMELLER VERFAHREN
BEI DER FUSIONSKONTROLLE

Die Praxis informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle 1) ist nicht nur die wichtigste, sondern auch die vielseitigste. Deshalb ist sie für eine ausführliche Darstellung und als exemplarische Grundlage einer Rechtsprüfung besonders geeignet.

I. Übersicht über die formellen Verfahren
als Bezugsgröße

Auch die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle bleiben auf das formelle Fusionskontrollverfahren bezogen. Vor der Darstellung der informellen Verfahren ist es deshalb erforderlich, das formelle Verfahrensrecht insoweit zu skizzieren, als dies zum Verständnis der informellen Verfahren erforderlich ist.

1. Einleitung

Die Einleitung eines Verfahrens der Fusionskontrolle erfolgt durch das Bundeskartellamt gem. § 51 Abs. 1 GWB von Amts wegen 2). Das gilt unabhängig davon, wie das Bundeskartellamt von einem Zusammenschluß erfährt 3), was auf drei Arten geschehen kann.

- 1) Der Begriff der Fusionskontrolle hat sich als Kurzformel in der Praxis durchgesetzt und wird deshalb hier verwandt. Die Fusionskontrolle erfaßt aber nicht nur klassische Fusionen (§ 23 Abs. 2 Nr. 1), sondern auch andere Arten von Zusammenschlüssen von Unternehmen, § 23 Abs. 2 Nr. 2 - 5 GWB. Der korrekte Begriff ist deshalb Zusammenschlußkontrolle.
- 2) Unstr. Statt aller: Westrick-Loewenheim, § 51, Rdnr. 10; unklar Helm, Kartellrecht, S 188.
- 3) Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 14.

Erstens kann das Bundeskartellamt durch die Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens gem. § 24 a Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 GWB Kenntnis erlangen. Die Anmeldung setzt ein präventives Fusionskontrollverfahren in Gang. Seit der 4. GWB-Novelle von 1980 sind etwa zwei Drittel der Kontrollfälle Anmeldefälle, so daß sich der Schwerpunkt der Fusionskontrolle seit 1980 ganz auf die präventive Kontrolle verlegt hat 1). Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen gem. § 24 a Abs. 4 GWB einem vorläufigen Vollzugsverbot 2). Das Bundeskartellamt kann zweitens auf sonstige Weise, z. B. durch die Presse, von einem Zusammenschluß oder einem -vorhaben erfahren und ein Fusionskontrollverfahren einleiten, § 24 Abs. 2 Satz 2, 1. Halbsatz GWB. Gem. § 23 Abs. 1 GWB ist drittens - ab einer bestimmten Größenordnung - jeder Zusammenschluß beim Bundeskartellamt anzuzeigen (Anzeigegefall). Die Anzeige führt zu einem nachträglichen Fusionskontrollverfahren, falls nicht bereits präventiv ein solches stattgefunden hat, oder falls der Zusammenschluß nicht gem. § 24 Abs. 8 GWB (in Bagatellfällen) kontrollfrei ist.

1) Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 43, 44.

2) Streng genommen ist der übliche Ausdruck "Anmeldepflicht" (so auch § 24 a Abs. 2 Satz 3 GWB) ungenau, da eine solche nicht besteht. Eine Anmeldung kann nicht erzwungen werden; nicht die Verletzung der Anmelde - "pflicht", sondern die Nichtbeachtung des Vollzugsverbotes ist gem. § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB eine Ordnungswidrigkeit; s. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24 a, Rdnr. 25; unrichtig Rittner, Kartellrecht, § 13 D II 2, S. 292.

2. Verlauf

Während des Fusionskontrollverfahrens prüft das Bundeskartellamt, ob es gem. § 24 Abs. 1 GWB den Zusammenschluß untersagen muß; für Ermessenserwägungen ist kein Raum 1).

Es kann auf der Grundlage von §§ 23 Abs. 6, 46 GWB Auskünfte von Unternehmen einholen, Beweise erheben (§ 54, Abs. 1), Beschlagnahmen (§ 55 Abs. 1) und Durchsuchungen (§ 46 Abs. 4) vornehmen sowie einstweilige Anordnungen treffen (§ 56 Nr. 3 GWB). Die beteiligten Unternehmen 2) müssen vom Bundeskartellamt darauf hingewiesen werden, wenn es eine Untersagung erwägt 3), und dazu Stellung nehmen können, § 53 Abs. 1 GWB; vor einer Untersagung ist auch bestimmten obersten Landesbehörden Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, § 24 Abs. 2 Satz 3 GWB.

3. Ende, Fristen

Am Ende des Fusionskontrollverfahrens steht entweder eine Untersagung oder eine Nichtuntersagung. Zwischenformen sind nicht möglich, ebensowenig Auflagen oder andere Nebenbestimmungen.

- 1) Allg. Meinung; statt aller: Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24 Rdnr. 161; Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 109.
- 2) Wer zu den beteiligten Unternehmen gehört, kann schwierig zu bestimmen sein: vgl. Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 147, § 23, Rdnr. 63 ff., 76; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24, Rdnr. 74; Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 150; s. Bechtold KG WuW/E OLG 2202, 2203 "Stadtwerke Leverkusen".
- 3) Kleinmann/Bechtold, § 25, Rdnr. 149.

Bei Anmeldefällen darf das Bundeskartellamt nur untersagen, wenn es den anmeldenden Unternehmen innerhalb eines Monats nach vollständiger Anmeldung mitteilt, daß es in die Prüfung des Vorhabens eingetreten ist (sog. Monatsbrief). Die Untersagung selbst muß innerhalb von vier Monaten nach vollständiger Anmeldung zugestellt 1) sein, es sei denn, die beteiligten Unternehmen haben einer Fristverlängerung zugestimmt oder es liegt ein weiterer Ausnahmefall von § 24 a Abs. 2 Nr. 2 - 6 GWB vor. In Anmeldefällen sind die Fristen also denkbar knapp: nach der Anmeldung muß der Monatsbrief geschrieben werden, die Untersagungsabsicht ist den beteiligten Unternehmen rechtzeitig mitzuteilen, die Untersagungsverfügung ist zu erstellen und zuzustellen - und das in nur vier Monaten 2). Für viele Unternehmen sind allerdings auch diese vier Monate noch zu lang, insbesondere in Sanierungsfällen.

Bei Anzeigefällen darf das Bundeskartellamt noch innerhalb einer Frist von einem Jahr nach Eingang der vollständigen Anzeige einen Zusammenschluß untersagen, von Ausnahmefällen abgesehen.

Wird gegen die Anzeigepflicht verstoßen und erfährt dann das Bundeskartellamt von dem Zusammenschluß auf sonstige Weise, so darf es ohne Fristbegrenzung untersagen 3).

- 1) KG WuW/E OLG 2411, 2416 "Synthetischer Kautschuk".
- 2) Auf diese knappen Fristen machte schon Reich, ZRP 1971, 234, 237 vor Inkrafttreten des Gesetzes aufmerksam.
- 3) Unstr.; statt aller: Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 154.

Bei den Anmeldefällen kann das Bundeskartellamt aber auch sehr sehr kurzfristig dem Anmeldenden mitteilen, daß das Zusammenschlußvorhaben die Untersagungs Voraussetzungen nicht erfüllt. Diese Mitteilung hat zur Folge, daß das Vollzugsverbot in § 24 a Abs. 4 GWB aufgehoben wird 1), d.h. die Unternehmen dürfen fusionieren. Das Bundeskartellamt kann ferner den Monatsbrief nicht schreiben und somit die Untersagungsfrist ablaufen lassen, ohne den Zusammenschluß zu untersagen. Auch die anmeldenden Unternehmen können zum Ende des Verfahrens beitragen, indem sie die Anmeldung zurücknehmen und ihr Vorhaben aufgeben.

In den Anzeigefällen versendet das Bundeskartellamt oft lange vor Ablauf der (Jahres-) Frist Mitteilungen an die beteiligten Unternehmen, daß es den Zusammenschluß nicht untersagen werde 2).

In all den kontrollpflichtigen Fällen, in denen das Bundeskartellamt den Zusammenschluß nicht untersagt, ergeht keine Verfügung im Sinne von § 57 Abs. 1 GWB. Mit dem Verstreichenlassen der Frist verliert das Bundeskartellamt seine Möglichkeit, den Zusammenschluß zu untersagen. Die Wirkungen dieses Unterlassens treten allein kraft Gesetzes ein 3). Innerhalb der Be-

1) Dazu, ob das BKartA nach dieser Mitteilung noch untersagen kann und unter welchen Voraussetzungen: Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24 a, Rdnr. 14 f., Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 188 ff.; FK, § 24 a, Tz. 129.

2) Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 188 ff.

3) BGH WuW/E 1556, 1559 f. "Weichschaum II"; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 62, Rdnr. 16; Von "Untätigkeit" und "Nichtstun" in diesem Zusammenhang sprechen Hinz, im GK, § 62, Rdnr. 13 und Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 191, Dies ist mißverständlich, weil das BKartA den Zusammenschluß voll prüft und lediglich nach außen eine Untersagung unterläßt.

hörde findet gleichwohl eine Beratung und gegebenenfalls Abstimmung in der zuständigen Beschlußabteilung statt. Es wird ein Vermerk angefertigt, in dem es so (oder ähnlich) heißt: "Der Zusammenschluß ... wird nicht untersagt." Teilweise schließt sich eine interne Begründung an 1).

4. Gebühren

Den Unternehmen können durch das Fusionskontrollverfahren Kosten entstehen.

Schon die Anmeldung ist gebührenpflichtig, § 80 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 7 Nr. 1 GWB. Dies gilt unabhängig davon, ob und in welcher Weise das Bundeskartellamt auf die Anmeldung tätig wird 2).

Die Anzeigen sind im abschließenden Gebührenkatalog des § 80 Abs. 2 GWB nicht enthalten. Kosten der öffentlichen Bekanntmachungen der angezeigten Zusammenschlüsse gem. § 10 Abs. 1 Nr. 4 GWB sind aber durch das Bundeskartellamt als Auslagen zu erheben 3).

Das Fusionskontrollverfahren selbst ist nur dann gebührenpflichtig, wenn eine Untersagungsverfügung ergeht, § 80 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Streng genommen soll sogar nur die Verfügung eine gebührenpflichtige Handlung sein 4). Die Höhe der Gebühr bestimmt sich auch nach dem Aufwand des Bundeskartellamtes während des Verfahrens, § 80 Abs. 3 Satz 1 GWB.

- 1) Daß die Begründungen für Nichtuntersagungen nicht veröffentlicht werden, bedauern Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 188.
- 2) Sauter, in Immenga/Mestmäcker, § 80, Rdnr. 11; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 80, Rdnr. 6.
- 3) Sauter, in Immenga/Mestmäcker, § 80, Rdnr. 16.
- 4) Ders., daselbst, Rdnr. 12; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 80, Rdnr. 7.

II. Zusagenpraxis als informelle
 Ergänzung formeller Verfahren

Zwischen formellen und informellen Verfahren steht die sog. Zusagenpraxis, die innerhalb der Fusionskontrolle durch das Bundeskartellamt inzwischen ihren festen Platz hat.

Dabei geht es darum, daß das Bundeskartellamt während eines formellen Fusionskontrollverfahrens von den beteiligten Unternehmen Zusagen über Maßnahmen entgegennimmt, die die Untersagungsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 GWB entfallen lassen sollen. Gestützt auf diese Zusagen kann das Bundeskartellamt von einer Untersagung absehen ¹⁾. Die Zusagenpraxis gehört einerseits schon zum Informellen, weil ein derartiges Ende des Fusionskontrollverfahrens im GWB nicht vorgesehen ist, dennoch stattfindet und auf gesetzlich vorgesehene Maßnahmen (Untersagung, Nichtuntersagung; in Form der Modifizierung bezogen ist.

Andererseits ist sie Bestandteil des Formellen, weil sie während und innerhalb eines formellen Fusionskontrollverfahrens stattfindet.

Die Zusagenpraxis ist also eine informelle Ergänzung des formellen Verfahrens.

Insofern könnte sie auch zum Gegenstand dieser Arbeit gemacht werden. Davon wird jedoch abgesehen. Es gibt schon ein fast unübersehbares Schrifttum zur Zusagen-

1) Vgl. zur Definition und der Einteilung in verschiedene Arten von Zusagen: Satzky, ZHR 141 (1977), 554- 556; Wolter, WuW 1979, 213 f.; Traumann, DB 1981, 976; Schultz, WuW 1982, 429, 430 - 433, der alle untersagungsabwendenden Zusagen typisiert.

praxis 1).

Die Diskussion um die Zulässigkeit der Zusage ist inzwischen - trotz aller noch geäußelter Einzelbedenken 2) - so weit gediehen, daß die grundsätzliche Zulässigkeit nicht mehr bezweifelt wird 3). Und schließlich soll das Hauptaugenmerk dieser Arbeit gerade auf den informellen Verfahren selbst liegen und nicht auf jeder nicht im Gesetz vorgesehenen Modifizierung während eines formellen Verfahrens 4).

- 1) Neben Äußerungen in allen Kommentaren und Lehrbüchern und den bei Fußn. 1, S. 53 angegebenen Hinweisen hier nur wichtige und neuere Veröffentlichungen: Traumann, Zusage, Diss. 1977; Scholz, in FS Günther, S. 233 ff.; Riesenkampff, WuW 1977, 291 ff.; K. Schmidt, BB 1977, 774, 777 ff.; Krafft, Fusionskontrolle 1981, Büscher, Änderung von Fusionsverträgen, 1981; Windbichler, Informelles Verfahren, 1981, dies., WuW 1982, 845 ff.; Monopolkommission, 4. HG (1982) BT Drucks. 9/1982, Tz. 633- 660.
- 2) Vor allem Monopolkommission, 1. HG (1973/75), Tz. 936-950; 2. HG (1976/77), Tz. 439, 446; 3. HG (1978/79), Tz. 699; 4. HG (1982) BT Drucks. 9/1892, Tz. 633; Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 180 ff.; Emmerich, Die AG 1982, 317, 327 mit Nachweisen auf eig. Stellungnahmen aus den Vorjahren; Satzky, ZHR 141 (1977), 554, 570 ff.; Wolter, WuW 1979, 213, 217 ff.
- 3) Ganz hM: KG WuW/E OLG 1637, 1638 f. "Weichschaum I"; grundlegend WuW/E OLG 1758, 1762 ff. "Weichschaum II"; mittelbar auch BGH WuW/E BGH 1556, 1558, 1561 "Weichschaum III"; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24, Rdnr. 57 ff.; Müller/Giebler/Scholz, § 24, Rdnr. 32 ff.; FK, § 24, Tz. 52; Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 179 ff.; Traumann, Zusage, S. 66; Scholz, in FS Günther, S. 233, 236 ff.; Riesenkampff, WuW 1977, 291 ff.; Schultz, WuW 1982, 429, 434 f.; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 15 ff., 35 f.; Nagel, Fusion, S. 331, 350f.; es besteht Einigkeit, daß nur sog. Strukturzusagen zulässig sind, aA noch Traumann, Zusage, S. 97 f.
- 4) Anders und unpräzise in der Begrifflichkeit: Windbichler, Informelles Verfahren, die zunächst mit der Bezeichnung "informelle Verfahren" ein ganz weites Spektrum anspricht (S. 9f.), dann sich aber unter der gleichen Bezeichnung auf den Zeitraum während formeller Verfahren beschränkt (S. 10, 13f.). Sie untersucht im übrigen nur - statisch - bestimmte Abreden, ohne den Verfahrensablauf in den Blick zu nehmen. Unklar insoweit auch Möschel, Recht, Rdnr. 881; zutreffend dagegen Krafft, Fusionskontrolle, S. 187 f.

III. Gestalt und Folgen informeller Ver-
 fahren bei der Fusionskontrolle

Die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle finden zwar vielfache Erwähnung 1). Wie sie ablaufen und vor allem, welche Ergebnisse sie haben, wird aber nicht beschrieben. Dies soll nunmehr geschehen.

- 1) In den TB'en des BKartA; z. B. TB 1976, BT Drucks. 8/704, S. 17; neuerdings auch in Presseerklärungen: s. z. B. im Zusammenhang mit dem AEG-Konzern zur Übernahme von Neff durch Bosch, FAZ v. 16.10.1982, S. 16; zum Fall Klöckner-Wuppermann, FR v. 05.07.1983, S. 14; zum Fall MBB-Krauss-Maffei, FR vom 08.09.1984, S. 5.
Durch die BReg.: Begr. der BReg. zur 2. Novelle, BT Drucks. VI/2520, S. 30; Stellungnahme zum TB 1975, BT Drucks. 7/5390, S. II; Stellungnahme zum 1. HG der Monopolkommission (1973/75), BT Drucks. 8/702, S. 9, 13.
Durch die Monopolkommission: Vor allem im 4. HG 1980/81, BT Drucks. 9/1892, Tz. 697- 701 .
In der Literatur: am ausführlichsten noch Krafft, Fusionskontrolle, S. 184 ff.; siehe auch FK, § 24 a, Tz. 127; Rittner, Kartellrecht, § 13 E II 4, S. 299; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 10, 14; Ebel, NJW 1973, 1665, 1667 f.; Röhling, DB 1973, 1585, 1590; Rauschenbach, NJW 1975, 1993, 1997; ders., NJW 1976, 2185, 2187; Harms, Schwerpunkte, 1967/77, S. 43, 44 f.; Kartte, WuW 1978, 114, 117; Markert, Schwerpunkte, 1980/81, S. 43 f.
In der Rspr. werden sie verdeckt erwähnt: KG, Die AG 1980, 255, 256 "Springer/Münchener Zeitungsverlag"; insoweit nicht abgedruckt in KG WuW/E OLG 2228; KG WuW/E OLG 2433 "Metro-Kaufhof" und 2517, ebenfalls "Metro-Kaufhof"; KG WuW/E OLG 2677 f. "VEW-Gelsenwasser". Eindeutig in KG WuW/E OLG 2973.

1. Verfahrenstypische Beispiele

Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle verlaufen nicht gleichförmig. Denn erstens bestimmen Umfang und Art der informellen Verfahren weitgehend die einzelnen Direktoren der zuständigen Beschlußabteilungen entsprechend ihrem eigenen Amtsverständnis. Zweitens wirken sich die Marktstrukturen einer Branche und die damit zusammenhängenden Zusammenschlußaktivitäten auf die informellen Verfahren aus 1).

Trotz dieser Abweichungen im einzelnen überwiegen aber die Gemeinsamkeiten der Praxis informeller Verfahren. Sie erlauben und erfordern eine Typisierung 2).

Zwei Beispiele anonymisierter und leicht abgewandelter Fälle sollen Ablauf und Atmosphäre der informellen Verfahren verdeutlichen, bevor die Einzelheiten im Detail beschrieben werden.

a) Direktoren-Fall

Ein Vorstandsmitglied eines großen Konzerns mit breit gemischter Produktpalette (K) bittet bei dem Direktor der für den Konzern zuständigen Beschlußabteilung (D) um einen Termin in einer vertraulichen und dringenden Angelegenheit. An dem verabredeten Tag führen K und D ein Gespräch unter vier Augen 3).

-
- 1) S. z.B. die unterschiedliche Art und den Umfang von Zusammenschlüssen zwischen der Energiewirtschaft (Zuständigkeit der 8. BA) und dem Handel (9. BA) anhand des 4. HG der Monopolkommission, BT Drucks. 9/1982, Tz. 456-459, insbesondere Tabellen 22, 23.
 - 2) Zur Denkform des Typus: Larenz, Methodenlehre, S. 443 ff.; Brohm, Strukturen, S. 38 mwN.
 - 3) Deswegen wird dieses Beispiel der Direktorenfall genannt.

Hierbei teilt K folgendes mit: Der Konzern befindet sich in Kaufverhandlungen mit der Bank X. Diese will ihr 26 % - Aktienpaket an dem sehr erfolgreichen Unternehmen U verkaufen. K ist an dem Kauf sehr interessiert. Er fragt D, ob das Bundeskartellamt dieses Zusammenschlußvorhaben untersagen würde, wenn nach erfolgreichen Kaufverhandlungen der Beschlußabteilung eine formelle Anmeldung zur Prüfung vorläge. D weiß, daß das Unternehmen U auf einem Markt führend tätig ist, für den K mit einem seiner Konzernunternehmen ein führender Lieferant ist. Er weist deshalb auf Bedenken hin. Ob der Weg über die sog. Abwägungsklausel des § 24 Abs. 1 2. Halbsatz GWB gangbar sei, müsse durch Ermittlungen geklärt werden. Vorläufig sieht D große Probleme. K erwidert, er habe diese Probleme vorausgesehen, es dürfe aber keinesfalls zu Ermittlungen in der Branche kommen. Denn sobald Veräußerungspläne der Bank dort bekannt würden, stiege der Kaufpreis sofort an. Deshalb wisse noch nicht einmal die Bank, daß er, K, jetzt hier beim Bundeskartellamt sei. K fragt, wie D im Hinblick auf § 23 Abs. 2 Nr. 2 a GWB eine Beteiligung von 24,9 % beurteilen würde. D meint dazu, das hinge wegen § 23 Abs. 2 Nr. 2 letzter Satz GWB von der vertraglichen Gestaltung im einzelnen ab. Nach seinem derzeitigen Kenntnisstand könne er sich gut vorstellen, daß die Beschlußabteilung eine Beteiligung von K an U, die irgendwie rund um 25 % liege, untersagen werde. So endet das Gespräch. K fährt zurück. Zu einer Anmeldung eines Zusammenschlußvorhabens von K kommt es nicht. Im Bundeskartellamt wird keine Akte angelegt, kein Vermerk gefertigt. Der Präsident des Bundeskartellamtes und die eigene Beschlußabteilung werden informiert. Der Fall wird danach "vergessen".

b)

Abteilungs-Fall

Nachdem in der Presse von wirtschaftlichen Problemen eines mittelgroßen, regional bedeutenden Unternehmens U berichtet wurde, erscheinen nach Terminabsprache im Bundeskartellamt mehrere Vertreter eines großen Konzerns K, der einen Produktschwerpunkt hat, der sich mit dem von U geringfügig überschneidet. K ist aber auf anderen Märkten tätig. Neben dem Leiter der Rechtsabteilung sind auch Angehörige von K dabei, die für Produktdiversifikation zuständig sind. In ihrer Bitte um einen raschen Termin hatten sie auf wirtschaftliche Probleme von U Bezug genommen und angedeutet, daß es um einen schnell zu entscheidenden Sanierungsfall gehe. Den Vertretern von K sitzen im Bundeskartellamt gegenüber: der Direktor der zuständigen Beschlußabteilung D, der zuständige Berichterstatter BE, ein Beisitzer und ein weiterer Referent der Beschlußabteilung 1).

Die Unternehmensvertreter erläutern mit Hilfe der verschiedensten Papiere, die sie dem Bundeskartellamt überlassen, Verträge zwischen U und K, die eine Übernahme von U zum Gegenstand haben, und ein entsprechendes Sanierungskonzept. Wichtigster Punkt für die Vertreter von K ist angesichts der Liquiditätslage von U das Zeitproblem.

Die Vertreter des Bundeskartellamtes sagen zu, den Fall nach Kräften schnell und unbürokratisch zu prüfen. Bedenken ergäben sich zwar im Hinblick auf die

1) Deswegen wird dieses Beispiel der Abteilungsfall genannt.

Ressourcen 1) von K und wegen § 23 a Abs. 1 Nr. 1 a GWB. "Der Tendenz nach" aber sähen sie keine unüberwindbaren Probleme. Die Beschlußabteilung werde über den Fall beraten und K unverzüglich unterrichten, um dann das formelle Verfahren sehr schnell durchführen zu können.

Nach Abschluß des Gesprächs prüft die Beschlußabteilung den Fall innerhalb weniger Tage anhand der Unterlagen von K, eines Vermerks über das Gespräch, den BE gefertigt hat, sowie eigener Unterlagen. Sie kommt zu dem Ergebnis, daß von einer Untersagung abgesehen wird. Telephonisch wird K davon unterrichtet. Gleichzeitig wird mit K abgestimmt, wann die Anmeldung gem. § 24 a GWB beim Bundeskartellamt eingehen soll, welche Unterlagen für die Vollständigkeit der Anmeldung noch benötigt werden und wann dann mit einem Schreiben gem. § 24 a Abs. 4 1. Halbsatz GWB zu rechnen ist, das das Vollzugsverbot aufhebt. Alles verläuft wie geplant. Innerhalb weniger Tage ist die Fusion "über den Berg", wie es oft heißt.

2. Beginn und Teilnehmerkreis informeller Verfahren

Nur ausnahmsweise geht die Initiative zu informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle vom Bundeskartellamt aus. Wenn z. B. in der Presse von Zusammenschlußgerüchten die Rede ist, und der "Draht zu den Unternehmen besonders gut" ist, dann kann es vorkommen, daß das Bundeskartellamt von sich aus die Unternehmen

- 1) Zur Einbeziehung von Ressourcen des übernehmenden Unternehmens in die Prüfung der Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 GWB KG WuW/E OLG 1745, 1753 ff. "Sachs" und weitergehend zum selben Fall BGH WuW/E 1501, 1505 ff., 1510 f. "Kfz-Kupplungen".

zu einem informellen Verfahren bittet. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, geht die Initiative zu informellen Verfahren von den Unternehmen aus. Sie erscheinen im Bundeskartellamt nach vorheriger Anmeldung, in der sie bereits andeuten, warum sie kommen. Die Unternehmen bestimmen auch den Grad der Vertraulichkeit. Je vertraulicher das informelle Verfahren abgewickelt werden soll, desto weniger Personen nehmen auch auf Seiten der Unternehmen teil, und umgekehrt.

Von Seiten der an dem geplanten Zusammenschluß beteiligten Unternehmen 1) nimmt fast immer die potentielle Erwerberseite an dem informellen Verfahren teil. Das liegt deshalb nahe, weil sie in der Regel der eigentliche wirtschaftliche Betreiber des Zusammenschlusses ist. Oft ist sie zudem der größere Partner.

In der Mehrzahl der Fälle kommt die Erwerber- zusammen oder im Einverständnis mit der Veräußererseite.

Es gibt aber auch wichtige - allerdings seltene - Fälle, bei denen ein informelles Verfahren stattfindet, ohne das Unternehmen zu beteiligen, an dem Anteile erworben werden sollen. Hierfür hat sich die Bezeichnung "heimlicher Anteilserwerb" gebildet 2). Die Erwerberseite will in diesen Fällen, daß die Veräußererseite von dem Zusammenschlußplan nichts erfährt. Wenn z. B. ein Unternehmen versucht, über die Börse allmählich eine Schachtelbeteiligung von 25,1 % an einem anderen Unternehmen zu erwerben, dann muß es zur Vermeidung einer Kurssteigerung oder von Gegenmaßnahmen die Angelegenheit geheim zu halten suchen.

1) Der Begriff der beteiligten Unternehmen ist hier wirtschaftlich, nicht im Rechtssinne des § 23 oder des § 51 GWB gemeint.

2) Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1982, Tz. 697 mit Verweis auf einen Beispielsfall ("Allianz/Eagle Star").

In wenigen Fällen kommt auch nur die Veräußererseite. Es geht dann oft um sehr bedeutende Veräußerer, die einen Anteil am eigenen oder an einem fremden Unternehmen verkaufen möchten, für den nur wenige große Unternehmen in Betracht kommen. In einem solchen Fall kommt zuweilen nur der Veräußerer in einem frühen Planungsstadium zum Bundeskartellamt und fragt an, welcher der wenigen potentiellen Erwerber aus der Sicht des Bundeskartellamtes Anteile überhaupt kaufen darf (heimliche Veräußerung).

3. Merkmale informeller Verfahren

a) Gespräche und Erörterungen

Die Bandbreite des Ablaufs informeller Verfahren reicht von einem reinen Rechtsgespräch über alle Zwischenstufen bis hin zur nahezu vollständigen Prüfung eines konkreten Falles anhand schriftlicher Unterlagen.

So kann es einerseits sein, daß die Unternehmen mit den Vertretern des Bundeskartellamtes scheinbar abstrakte Rechtsfragen der Fusionskontrolle erörtern, wobei beide Seiten einen konkreten Fall im Hinterkopf haben, ohne ihn je zu erwähnen. Zu einem solchen Vorgehen wird sich ein Unternehmen in einem frühen Planungsstadium entschließen, wenn es Sorge hat, daß irgendetwas Konkretes in die Öffentlichkeit getragen werden könnte. Andererseits kann wie im Beispielsfall informell ein konkretes Vorhaben mit der gesamten Beschlußabteilung erörtert werden. "Wir gerieren uns so, als seien wir in einem formellen Verfahren", beschrieb ein Unternehmensvertreter diese Fälle.

Der Normalfall eines informellen Verfahrens bei der Fusionskontrolle bewegt sich zwischen diesen beiden Extremen.

Die Unternehmen tragen einen konkreten Fall mündlich vor mit dem Ziel, vom Bundeskartellamt eine "Tendenzaussage" über die Erfolgsaussichten einer späteren Anmeldung oder Anzeige eines Zusammenschlußvorhabens bzw. eines Zusammenschlusses zu erhalten. Abhängig vom unternehmensinternen Planungsstadium und dem Grad der Vertraulichkeit werden Einzelheiten der geplanten Fusion erörtert.

Die Unternehmen gehen meist so vor, daß sie zunächst versuchen, möglichst allgemein und möglichst wenig zu berichten. Das hat für sie den Vorteil, abwarten zu können, ob und an welchem Punkt das Bundeskartellamt Bedenken formuliert oder in anderer Weise nachhakt. In einem zweiten Schritt brauchen sie dann nur noch auf die vom Bundeskartellamt aufgegriffenen Punkte näher einzugehen.

Demgegenüber versuchen die Vertreter des Bundeskartellamtes, im ersten Gesprächsstadium möglichst viel zu erfragen, ohne zu erkennen zu geben, ob und an welchem Punkt rechtliche Bedenken bestehen könnten. Nur so können nämlich Tendenzaussagen von einiger Zuverlässigkeit abgegeben werden.

Das wissen auch die Unternehmen. Deshalb gehen sie in der Art der Gesprächsführung oft auf das Vorgehen der Kartellamtsbeamten ein. Diese eher taktischen Erwägungen zeigen, daß beide Seiten für die informellen Verfahren ein "Händchen" und das notwendige "Verfahrens- Know - How" benötigen.

b)

Schriftlichkeit

Der Grad der Vertraulichkeit korreliert auch mit dem Grad der Schriftlichkeit.

Je vertraulicher ein informelles Verfahren abläuft, desto weniger wird schriftlich festgehalten. Andererseits gibt es umgekehrt auch die volle behördenmäßige Aktenführung 1).

Im Regelfall fertigt der Berichterstatter einen Vermerk. Dieser wird außerhalb der Aktenordnung "so hingelegt, daß man ihn wiederfindet, wenn erwartet wird, daß etwas daraus wird". Der Grund dafür, daß nur wenige und nur schwer zugängliche schriftliche Aufzeichnungen gemacht werden, liegt in dem Bemühen aller, die Vertraulichkeit eines informellen Verfahrens wenigstens bis zu dem Ergebnis des informellen Verfahrens zu wahren.

Deshalb sind auch die Informationen innerhalb des Bundeskartellamtes über ein informelles Verfahren spärlich. In wichtigen Fällen wird die Leitung des Hauses unterrichtet. Die Abteilungsleiterkonferenz aber, wöchentlich tagend mit der Funktion, eine gegenseitige Information über die Aktivitäten der einzelnen Beschlußabteilungen sicherzustellen, wird in der Regel nicht unterrichtet.

1) Diese wird dann als Verschlusssache (VS) oder als Vertraulich eingestuft.

c)

Gegenseitige Bekanntschaft

In den meisten Fällen kennen sich die an einem informellen Verfahren beteiligten Personen aus den Unternehmen und dem Bundeskartellamt persönlich gut. Sie haben auf Vortragsveranstaltungen miteinander diskutiert. Sie sind sich bei früheren formellen und/oder informellen Verfahren bereits begegnet.

An diese Tatsache knüpft sich die Frage, wie sich diese Bekanntschaft auf die informellen Verfahren auswirkt. Denkbar wäre einmal, daß die persönliche Kenntnis, der freundliche Umgangston und das Klima des Gesprächs zu Lasten der Unternehmen geht 1). Möglich wäre zum anderen auch der umgekehrte Fall, daß die behördliche Entscheidungsfreiheit eingeschränkt wird durch die persönliche Bekanntschaft der Beteiligten 2). Als Grund hierfür wird angeführt, einer erhöhten Transparenz der Behördenabsichten stehe keine vergleichbare erweiterte Einsicht der Behördenvertreter in die Unternehmen gegenüber 3).

Die Interviews im Rahmen dieser Untersuchung haben ergeben, daß alle - Vertreter des Bundeskartellamtes ebenso wie die der Unternehmen - die persönliche Kenntnis

- 1) Vor dieser Gefahr warnt Lieberknecht, Schwerpunkte, 1977/78, S. 65, 66. Ähnlich v. Köhler, DB 1973, 169; Fatschek, Berücksichtigung, S. 188.
- 2) Sorgenvoll insoweit Randelzhofer/Wilke, Die Duldung, S. 97 f. unter Bezugnahme auf das Umweltgutachten 1978, auf das sich auch Bohne, Informaler Rechtsstaat, vor allem stützt.
- 3) Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40, S. 187, 209.

zwar für förderlich und für das Verfahren erleichternd halten, aber deswegen keinesfalls ein Machtgefälle zugunsten der einen oder anderen Seite sehen oder erlebt haben. Nun wird man einräumen müssen, daß niemand ein anderes Ergebnis solcher Interviews hätte erwarten können.

Dennoch spricht viel dafür, daß das Ergebnis der Interviews mit der Praxis übereinstimmt 1).

Denn gerade weil sich die beteiligten Personen kennen, wissen sie, daß sie sich in Zukunft wieder begegnen, vielleicht wieder beide an einem informellen Verfahren teilnehmen werden. Der Kreis derjenigen, die praktisch mit der Fusionskontrolle zu tun haben, sei es im Bundeskartellamt, sei es bei den Unternehmen, sei es bei den Anwälten, ist nämlich klein. Würde nun ein Beteiligter wegen der Bekanntschaft zu einem anderen Beteiligten benachteiligt oder bevorzugt, so spräche sich das nicht nur in dem kleinen Kreis der Fusionsexperten schnell herum, es wäre für den "Sieger" auch ein Pyrrhus-Sieg. Denn beim nächsten Mal könnte er gewiß sein, daß ihm ein mißtrauischer oder gar feindseliger Partner gegenübersteht. Es könnte auch sein, daß sich der "Unterlegene" in Zukunft dem informellen Verfahren überhaupt verweigert 2).

Mit anderen Worten: gerade weil sich die meisten Beteiligten kennen, ist die Gefahr gering, daß deswegen der eine vom anderen bevorzugt oder benachteiligt wird.

- 1) So auch in ähnlichem Zusammenhang Benisch, 10 Jahre Praxis, S. 11.
- 2) Dem Verf. ist ein Unternehmen bekannt, das nach einem formellen Verfahren, das zuvor informell eingeleitet worden war, informell ankündigte, es werde mit dem BKartA nur noch formell verkehren.

d)

Informationen

Ob die Unternehmen im informellen Verfahren dem Bundeskartellamt mehr und bereitwilliger Informationen zur Verfügung stellen als im (formellen) Verwaltungsverfahren 1), ist nach den Interviews unklar. In zwei Beschlußabteilungen herrscht dieser Eindruck vor, während dies bei drei anderen verneint wird: Wieviele Informationen die Unternehmen gäben, sei ganz unabhängig davon, ob sie sich in einem informellen oder in einem formellen Verfahren befänden.

Auch bei den befragten Unternehmen waren die Auffassungen unterschiedlich; hier ist die Praxis von Unternehmen zu Unternehmen verschieden. Die Befragung ergab nur insoweit ein einheitliches Bild: die Unternehmen erörtern mit dem Bundeskartellamt nach der Meinung aller Befragten im informellen Verfahren eher das wirtschaftliche und wirtschaftspolitische Umfeld des geplanten Zusammenschlusses als im formellen Verfahren, z. B. arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte.

e)

Beratung durch das Bundeskartellamt

Manchmal entstehen während des informellen Verfahrens Situationen, in denen es - aus Unternehmenssicht - notwendig oder mindestens hilfreich ist, daß das Bundeskartellamt einen Vorschlag macht.

1) Siehe auch die entsprechende Problematik bei den informellen Auskunftersuchen, oben § 4 II. 2.

Diese Art behördlicher Beratung 1) findet zum einen im Hinblick auf das formelle Verwaltungsverfahren statt. Das Bundeskartellamt rät, die Anmeldung zusätzlich mit bestimmten Unterlagen zu versehen. Es macht Vorschläge zum zeitlichen Ablauf. Kurzum, es führt eine Beratung zum Verfahren durch.

Wichtiger aber ist, daß eine Beratung zum anderen auch im Hinblick auf die Sache selbst, d. h. auf die geplante Fusion stattfindet.

Ein Beispiel 2) soll dies erläutern: Während eines informellen Verfahrens trägt ein Unternehmen (U) dem Bundeskartellamt vor, es habe vor, ein anderes Unternehmen (S) zu 100 % zu erwerben. Nach Bedenken des Bundeskartellamtes reduziert U seine Beteiligungsabsicht auf 50,1 %. Nach erneuten Bedenken des Bundeskartellamtes fragt U an, ob dann gegen den Erwerb von 25 % Einwände bestünden. Auch dies bejaht das Bundeskartellamt.

1) Zugrundegelegt wird hier der Begriff "Beratung", wie er von Ule/Laubinger, § 26, I 3c, S. 111 verstanden wird: "Beratung ist die Aufklärung über die Sach- und Rechtslage im konkreten Falle. Über eine (Rechts-) Auskunft geht sie insofern hinaus, als die Behörde sich bei der Beratung eingehend mit dem konkreten Fall auseinandergesetzt, dem Betroffenen die Sach- und Rechtslage erläutert und ihm gegebenenfalls rät, welche Maßnahmen er zweckmäßigerweise ergreift, um seine Rechtsposition zu wahren oder zu verbessern."

2) Ein tatsächlich vorgekommener Fall.

Deshalb fragt U nunmehr, ob denn eine Beteiligung überhaupt möglich sei. Das Bundeskartellamt könne sich doch nicht nur negativ äußern, es müsse positiv sagen, ob und wie eine Beteiligung möglich sei.

Das Bundeskartellamt gibt daraufhin eine "Auskunft", die aufgrund der Vorgeschichte als Rat aufgefaßt werden kann und soll. Eine Beteiligung sei möglich, sie dürfe aber nicht einen Zusammenschlußtatbestand des § 23 Abs. 2 Satz 4 GWB ergeben. U unterbreitet prompt einen Plan, nach dem es 24 % erwerben und zusätzlich eine Gesellschaft gründen will, in der U einen beherrschenden Einfluß bekommt. Nach anhaltenden Bedenken des Bundeskartellamtes wird schließlich der beherrschende Einfluß in der Gesellschaft auch reduziert. In dieser Form meldet dann U sein Zusammenschlußvorhaben gem. § 24 a GWB formell an.

Bevor auf den Beratungspunkt dieses Falles eingegangen wird, sei noch auf folgendes hingewiesen. Hätte sich der beschriebene Prozeß im formellen Verfahren abgespielt, so wäre bei jedem einzelnen Schritt eine neue Anmeldung mit allen Unterlagen und den Folgen im Hinblick auf die Fristen erforderlich gewesen.

Im vorliegenden Fall war für U der Hinweis des Bundeskartellamtes ein verklausulierter Ratschlag, eine Beteiligung unterhalb der 25 %-Grenze mit einem gesellschaftsrechtlichen Zusatz zu verabreden.

In anderen Fällen kommt es mehr oder weniger offen zu dem Ratschlag, der Erwerber solle z. B. eine bestimmte Produktion abstoßen, damit die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auf diesem Markt vermieden werden könne. Solche und ähnliche Beratungen sind für die Unternehmen deswegen wichtig, weil ein Rat des Bundeskartellamtes immer zugleich ein Wegweiser für die künftige Entscheidung ist.

Das Ausmaß der Beratungspraxis des Bundeskartellamtes ist allerdings sehr unterschiedlich. Die Mehrzahl der befragten Vertreter des Bundeskartellamtes wies darauf hin, daß sie bei Beratungen vorsichtig und zurückhaltend vorgingen. Schließlich sei man nicht dazu da, "Beihilfe zur Umgehung der Fusionskontrolle zu leisten". Teilweise schwang ein gewisses Bedauern über diese Art der Beratung mit, die es nur im informellen, nicht aber im formellen Verfahren gibt. Dort gibt es nur die Verhandlungen zur Aushandlung einer untersagungsabwendenden Zusage.

f) Ermittlungen

In Ausnahmefällen kommt es in den informellen Verfahren zu Ermittlungen des Bundeskartellamtes in der Wirtschaft. Das Bundeskartellamt versucht, solche Ermittlungen zu vermeiden ¹⁾. Auch die Unternehmen streben an, jede Art von Bekanntwerden ihrer Fusionsabsichten zu vermeiden.

Daher kommt es zu Ermittlungen in informellen Verfahren nur unter zwei Voraussetzungen: Erstens, das Bundeskartellamt kann ohne die Ermittlungen eine Tendenzaussage nicht abgeben, z. B. weil es sich um einen neuen Markt handelt, den es noch nicht kennt. Zweitens, das Interesse der Unternehmen an einer Tendenzaussage des Bundeskartellamtes ist größer als an der Vertraulichkeit der eigenen Pläne.

1) Markert, Referat FORUM am 28.09.1982.

Die Ermittlungen werden vom Bundeskartellamt in diesen Fällen mit Hilfe von informellen Auskunftersuchen 1) durchgeführt. Die Fragen enthalten keinerlei Namen oder Hinweise auf einen konkreten Fall. Dennoch wissen die "Branchenkenner" aufgrund der gestellten Fragen meistens, welcher Zusammenschluß in Frage kommen könnte. Hier liegt der Grund dafür, daß derartige Ermittlungen eine Ausnahme bilden.

g) Rituelles bei informellen Verfahren

Zum Abschluß der Darstellung der Merkmale informeller Verfahren soll noch einer Vorstellung entgegengetreten werden, die mit der Bezeichnung informelle Verfahren einhergehen könnte, nämlich die, daß diese Verfahren besonders locker, entkrampft und ohne Rücksicht auf bürokratische Privilegien stattfinden. Diese Vorstellung trifft nicht zu. Denn eine eigene Gestalt haben auch die informellen Verfahren. Man kann sogar zugespitzt von einem "Ritus" informeller Verfahren 2) sprechen.

Dies bezieht sich zunächst auf die Hierarchien der Gesprächsebenen. Es ist unausgesprochen selbstverständlich, welche Stufe innerhalb der Hierarchie eines Unternehmens sich an welche Stufe innerhalb des Bundeskartellamtes zu wenden hat. Verstöße dagegen sind selten und werden durch Nichtbeachtung, Verzögerung eines Termins oder in anderer Weise sanktioniert.

1) S. oben § 4, II 2. Um Mißverständnissen vorzubeugen: informelle Auskunftersuchen gibt es meistens bei formellen Verfahren.

2) Begriff von einem Unternehmensvertreter.

Feststehende Termini markieren beiderseits eine Art Code. Die Atmosphäre eines Gesprächs ist alles andere als locker oder dem entsprechend, was man gemeinhin - fälschlicherweise - als unbürokratisch kennzeichnet. Die Gesprächsteilnehmer verhalten sich vielmehr hochkonzentriert und vorsichtig. Sie belauern sich gegenseitig und formulieren möglichst genau. Kleine Scherze - meist zu Beginn des Gesprächs -, ("Na, wen wollen Sie denn heute wieder kaufen?" "Wollen Sie Ihren Platz auf der Hitliste 1) weiter verbessern?") können nicht darüber hinwegtäuschen, daß hochkarätige Gegner in einem festen Korsett, nämlich dem Ritus der informellen Verfahren, miteinander sprechen und gegebenenfalls streiten.

4. Ergebnisse informeller Verfahren

Die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle können zu folgenden Ergebnissen 2) führen:

- Das Bundeskartellamt stimmt sich mit den Unternehmen über das folgende formelle Verfahren ab.
- Das Bundeskartellamt deutet an, daß es den Zusammenschluß vermutlich nicht untersagen wird.
- Das Bundeskartellamt gibt zu erkennen, daß es den Zusammenschluß vermutlich untersagen wird.

- 1) Als "Hitliste" wird die vom BKartA geführte und in den TB'en veröffentlichte Liste bezeichnet, in der aufgeführt wird, welche Unternehmen an wieviel Zusammenschlüssen beteiligt waren. S. z. B. die "Hitliste" im TB 1981/1982, BT Drucks. 10/243, S. 16. Die Veröffentlichung dieser Liste wird - meist von den insoweit führenden Unternehmen - aus der Wirtschaft kritisiert.
- 2) Der Begriff des Ergebnisses wird hier gewählt, weil mit ihm weder rechtlich noch durch Assoziationen etwas Bestimmtes präjudiziert wird. Ein Ergebnis liegt vor, wenn sich etwas ergeben hat. Außer Acht gelassen wird, wenn sich, was auch vorkommt, nichts ergeben hat.

a) Abstimmung über das folgende
formelle Verfahren

Ein sehr häufiges Ergebnis informeller Verfahren sind Abstimmungen zwischen dem Bundeskartellamt und den Unternehmen über das folgende formelle Verfahren.

Sie können sich beziehen auf den Zeitpunkt der Anzeige gem. § 23 GWB oder der Anmeldung gem. § 24 a GWB. Bei einem Unternehmen wurde dem Verfasser z. B. ein Vorgang über einen Zusammenschluß gezeigt, in dem sich die Notiz eines Unternehmensvertreters nach einem Gespräch beim Bundeskartellamt fand: "Als Termin der Abgabe der Anzeige wurde der ... (Datum) ausgemacht."

Von besonderer Bedeutung ist für die Unternehmen die Frage, was das Bundeskartellamt für das formelle Verfahren als vollständige Anzeige oder Anmeldung in dem vorgebrachten Fall akzeptiert 1). Denn nur die vollständige Anzeige (§ 23 Abs. 5 GWB) und Anmeldung (§ 24 a Abs. 2 Satz 4 iVm § 23 Abs. 5 GWB) setzen die Untersuchungsfristen der §§ 24 Abs. 2 Satz 2 und 24 a Abs. 2 iVm Abs. 1 Satz 4 GWB in Gang 2).

Diese Vollständigkeit ist bei schwierigen Vorhaben kaum zu erreichen, mindestens ist sie oft Gegenstand von Streit 3). Die Schwierigkeiten liegen in der Nennung aller beteiligten Unternehmen und vor allem in

-
- 1) Markert, Referat FORUM, am 28.09.1982; Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdnr. 127, die offenlassen, wann die Verständigungen stattfinden; Möschel, Recht, Rdnr. 786.
 - 2) S. dazu im einzelnen oben § 5, I, 3.
 - 3) S. z. B. KG WuW/E OLG 1712 ff. "o.b."; WuW/E BGH 1685, 1686 f. "Springer - Elbe Wochenblatt"; zum Ganzen ausf. Kleinmann-Bechtold, § 24 Rdnr. 123 ff.

der Angabe der Marktanteile, die eine Abgrenzung des relevanten Marktes voraussetzt. Das Bundeskartellamt erklärt deshalb in den informellen Verfahren, was es bei dem vorliegenden Fusionsprojekt an Angaben benötigt. Auf diese Weise wird dann in den Unternehmen das folgende formelle Verfahren vorbereitet. So hieß es in Unternehmensunterlagen zu einem Fusionsprojekt: "Nach weitgehender Vorklärung mit dem Bundeskartellamt hat Herr ... auch für uns die Gründung dieser gemeinsamen Gesellschaft angezeigt." 1)

In den informellen Verfahren fragen die Unternehmen auch nach dem voraussichtlichen Umfang der Ermittlungen und der Dauer der Prüfung. Das Bundeskartellamt gibt darüber, so gut es kann, Auskunft. Für die unternehmerischen Planungen und Entscheidungen kann sie von erheblicher Bedeutung sein.

b) Positive Tendenzaussage ("grünes Licht")

Ein weiteres Ergebnis eines informellen Verfahrens kann darin bestehen, daß sich das Bundeskartellamt positiv zu dem geplanten Zusammenschluß äußert.

Für derartige Äußerungen sind folgende Bezeichnungen gebräuchlich:

- positive Tendenzaussage,
- positive Tendenzerklärung 2) oder
- grünes Licht geben.

- 1) Die Art der Vorklärung bezog sich auf Verfahrens-, nicht auf Sachfragen.
- 2) Markert, Referat FORUM, am 28.09.1982; s. auch FAZ v. 16.10.1982, S. 16 zum Fall der Übernahme von Neff (AEG-Tochter) durch Bosch.

Die Aussagen können in die verschiedensten Formulierungen gekleidet werden, etwa:

"Wir sehen an sich keine Probleme".

"Sie brauchen nicht mit Schwierigkeiten zu rechnen".

"Die Lage ist ernst, aber nicht hoffnungslos". 1)

Der Sache nach gibt das Bundeskartellamt durch eine positive Tendenzaussage zu erkennen, daß eine Untersagung nicht in Betracht kommt; es stellt eine Nicht-Untersagung in Aussicht; es erklärt, daß fusionsrechtliche Bedenken nicht bestehen.

Diese Erklärungen werden in aller Regel mündlich gemacht, es gibt aber auch Fälle schriftlicher Tendenzaussagen nach vorangegangenen mündlichen Aussagen, insbesondere bei Fällen mit ausländischen Beteiligten 2).

Die entscheidende Frage ist, für wie bindend das Bundeskartellamt und die Unternehmen die positive Tendenzaussage halten. 3).

Zunächst ist dazu hervorzuheben, daß diese Aussagen stets nur auf der Grundlage der dem Bundeskartellamt zur Verfügung stehenden Informationen, also "clausula rebus sic stantibus" gegeben werden 4). Das geschieht entweder ausdrücklich, oder es ist allen Beteiligten klar, auch wenn nichts dergleichen gesagt wird.

- 1) Das so von einem Vertreter des BKartA abgeschlossene informelle Verfahren endete interessanterweise im formellen Verfahren mit einer verbotsabwendenden Zusage.
- 2) Markert, Referat FORUM, am 28.09.1982.
- 3) Hier geht es um die tatsächliche Bindung, noch nicht um die Frage einer Rechtsbindung.
- 4) Alle Gesprächspartner haben das, zumeist ungefragt, erklärt.

Die Befragung ergab, daß alle Vertreter des Bundeskartellamtes auf dieser Grundlage die positive Tendenzaussage (subjektiv faktisch, nicht objektiv rechtlich) für bindend halten. Die Vertreter der Unternehmen schätzen die positiven Tendenzaussagen als verlässlich und sehr zuverlässig ein 1).

Dem Empfinden der einen entspricht also die Einschätzung der anderen Seite.

Tatsächlich unterbleiben auch in den meisten Fällen Untersagungen nach positiven Tendenzaussagen, d. h. das (faktische) Bindungsempfinden erweist sich im nachhinein als ebenso zuverlässig, wie es am Ende des informellen Verfahrens zu sein schien.

In einem berühmten Ausnahmefall "mißachtete" das Bundeskartellamt aber z. B. seine positive Tendenzaussage: im ersten Metro-Kaufhof-Fall 2). Das Bundeskartellamt hatte dem potentiellen Erwerber und dem Veräußerer gegenüber eine positive Tendenzaussage mit der Maßgabe gemacht, daß zwei Punkte bei dem Zusammenschluß anders als ursprünglich geplant geregelt werden sollten. Obwohl die Unternehmen entsprechend dieser Maßgabe vorgehen, leitete das Bundeskartellamt dennoch ein (formelles) Verfahren mit dem Ziel einer Untersagung ein 3).

- 1) Zusätzlich zu den Gesprächspartnern in den Unternehmen auch Bertold, Referat FORUM, am 28.09.1982.
- 2) Eine Schilderung des Sachverhaltes im einzelnen gibt die Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1892, Tz. 546 - 548; s. auch dazu KG WuW/E OLG 2433 mit einer Andeutung über das informelle Verfahren und KG WuW/E OLG 2517.
- 3) Hier kam es nicht zu einer Anmeldung oder Anzeige, weil die Unternehmen der Auffassung waren, ein Zusammenschlußtatbestand liege nicht vor.

Bemerkenswert war die Reaktion der Gesprächspartner auf die Frage, ob es über die positiven Tendenzaussagen hinaus auch feste Zusicherungen 1) gebe, den Zusammenschluß nicht zu untersagen. Die Vertreter des Bundeskartellamtes bejahten das im Grundsatz, sie differenzierten nur nach Fallgruppen, z. B. Zusicherungen gebe es nur bei einem "Abteilungs-Fall", nicht aber bei einem "Direktoren-Fall", oder nur bei "unbedeutenden Fällen ausnahmsweise", oder "nach Möglichkeit nicht". Auch die Monopolkommission spricht - kritisch - davon, daß "Zusicherungen" gegeben würden 2). Die Unternehmensvertreter dagegen verneinten die Existenz von Zusicherungen. Wie diese Differenz der Aussagen einzuschätzen ist, wird bei einem entsprechenden Problem noch erläutert 3).

c) Negative Tendenzaussage ("rotes Licht")

Im Falle einer negativen Tendenzaussage - üblich ist auch die Bezeichnung negative Tendenzerklärung und "rotes Licht" - äußert sich das Bundeskartellamt kritisch und skeptisch zu dem geplanten Zusammenschluß. Es weist auf Bedenken hin mit Formulierungen wie:

- 1) Es geht hier (noch) nicht um Zusicherungen im Sinne von § 38 BVwVfG.
- 2) Monopolkommission, 4. HG., BT Drucks. 9/1892, Tz. 698.
- 3) S. unten § 5, III, 4, d.

"Die Lage ist ernst".

"Wir werden uns anstrengen".

"Wenn Sie das anmelden, dann untersagen wir".

"Das geht nicht."

Der Sache nach gibt das Bundeskartellamt durch eine negative Tendenzaussage mehr oder weniger deutlich zu erkennen, daß es diesen Zusammenschluß, falls es zu einem formellen Verfahren kommt, zu untersagen beabsichtigt.

Eine solche Aussage wird auch auf der Grundlage der dem Bundeskartellamt zur Verfügung stehenden Informationen gegeben (*Clausula rebus sic stantibus*).

Sie wird meist mündlich, aber ebenso wie bei der positiven Tendenzaussage bisweilen auch schriftlich abgegeben.

Die Frage nach einer Bindung dieser Aussagen wie bei den positiven Tendenzaussagen stellt sich bei den negativen Tendenzaussagen nicht, jedenfalls nicht aus der Sicht der Unternehmen. Zu fragen wird bei der rechtlichen Würdigung sein, ob bereits das Setzen des "roten Lichts" am Ende eines informellen Verfahrens genauso oder ähnlich wirkt wie die Untersagung am Ende des formellen Verfahrens. Statt um das Problem der Bindung für die Zukunft geht es bei der negativen Tendenzaussage um das Problem der Wirkung in der Gegenwart.

Fest steht jedenfalls, daß Unternehmen nach und wegen der negativen Tendenzaussage von ihrem Zusammenschlußprojekt oft Abstand nehmen 1).

1) Rauschenbach, NJW 1975, 1993, 1997; ders., NJW 1976, 2185, 2187. Rauschenbach spricht von einer fleet-in-beeing-Wirkung der formlosen Vorbesprechung. Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 43 f.; Rittner, Kartellrecht, § 13, E II 4, S. 229; Stellungnahme der BReg zum 1. HG der Monopolkommission, BT Drucks. 8/702, S. 9 und etwas verklausuliert TB des BKartA 1976, BT Drucks. 8/704, S. 17; Harms, Praxis, S. 43, 44. Alle Gesprächspartner bestätigten das.

Bekanntgewordene Fälle dieser Art sind:

- die geplante VEBA-Beteiligung an der Metallgesellschaft,
- die Beteiligungsabsichten von Bundesunternehmen (darunter die Lufthansa) an Kühne+Nagel, 1)
- der Plan von Quelle, das Versandhaus Neckermann zu erwerben, und
- (möglicherweise) Versuche der Westdeutschen Landesbank, die Hessische Landesbank zu übernehmen 2).

Im Bundeskartellamt wird über solche Fälle eine Liste geführt mit der Überschrift: "Bekannt gewordene Zusammenschlüsse, die vor Vollzug aufgegeben worden sind"

3). In ihr sind bis zum 31.12.1984 111 Fälle aufgeführt. Dem stehen "nur" 62 Untersagungen im formellen Verfahren gegenüber, und davon sind nur 24 Untersagungen rechtskräftig geworden 4). Es ist aber nicht so, daß in allen Fällen, die in der Liste Erwähnung finden, negative Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes allein ausschlaggebend dafür waren, daß die Unternehmen ihre Fusionsabsichten aufgegeben haben 5).

Die Liste enthält auch Fälle, bei denen die Zusammenschlußabsichten erst im formellen Verfahren nach Bedenken des Bundeskartellamtes aufgegeben worden sind.

- 1) Markert, Schwerpunkte, 1980/81, S. 43, 44.
- 2) Harms, Praxis, S. 43, 44.
- 3) S. dazu den TB des BKartA 1981/82, BT Drucks. 10/243, S. 18.
Das BKartA konnte dem Verf. diese Liste nicht zur Verfügung stellen. Die Angaben über sie beruhen auf den Antworten in den Gesprächen beim BKartA.
- 4) Stand: ebenfalls 31.12.1984. Quelle: TB des BKartA 1983/84, BT Drucks. 10/3550, S. 8 f. Weitere 16 Untersagungen sind noch in Rechtsmittelinstanzen.
- 5) Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 43, 44.

Es gibt schließlich auch Pläne von Unternehmen, in denen eindeutig nur eine negative Tendenzaussage zur Aufgabe eines Zusammenschlußprojektes geführt hat und die dennoch nicht in der erwähnten Liste stehen. Denn die Meldungen zur Aufnahme von Fällen in die Liste, die bei der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamtes geführt wird, kommen von den Direktoren der Beschlußabteilungen. Diese melden aber keineswegs alle einschlägigen Fälle. Insbesondere in den "Direktoren-Fällen" erfährt manchmal niemand im Amt, mindestens nicht die Grundsatzabteilung, von den informellen Verfahren. Die erwähnte Liste ist also weder vollständig, noch kann sie strengen Beweis über die Wirkungen der negativen Tendenzaussagen führen. Dennoch läßt sich nicht bestreiten, daß sie dem Einfluß dieser Aussagen in informellen Verfahren ein eindrucksvolles Zeugnis ausstellt. Dies gilt umso mehr, wenn man hinzufügt, daß in weiteren 10 Fällen, die in der Liste nicht erwähnt werden, die Zusammenschlüsse nach negativen Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes nicht aufgegeben, aber so reduziert worden sind, daß fusionsrechtliche Bedenken des Bundeskartellamtes nicht mehr bestanden 1).

Wenn also im ganzen feststeht und durch die Existenz und den Umfang der erwähnten Liste unterstrichen wird, daß es eine Wirkung der negativen Tendenzaussagen gibt, so steht. doch als Ergebnis der Befragung fest, daß diese Wirkung im einzelnen durchaus unterschiedlich ist. In einer Beschlußabteilung kommt es nur noch zur (formellen) Anmeldung sicherer Nicht-Untersagungsfälle. Das liegt einmal daran, daß die wenigen Unternehmen - es handelt sich um einen sehr vermachteten Markt - wissen, daß "dicke Fälle" ohnehin untersagt werden würden.

1) TB des BKartA 1983/84, BT Drucks. 10/3550, S. 9.

Zum anderen bewirken die negativen Tendenzaussagen im informellen Verfahren eine Aufgabe fusionsrechtlich bedenklicher Pläne.

In einer anderen Beschlußabteilung ist es bis auf eine Ausnahme nach einer negativen Tendenzaussage nie mehr zu einer anschließenden Anmeldung des Zusammenschlusses gekommen.

Der Direktor einer weiteren Beschlußabteilung berichtete davon, daß die Unternehmen aufgrund des "roten Lichts" zwar in vielen Fällen zurückweichen und ihr Vorhaben ändern, daß sie aber nur in einer Minderheit der Fälle von ihren Plänen ganz und gar Abstand nehmen.

Diese unterschiedlichen Berichte erklären sich vor allem durch das unterschiedliche Verhalten der Unternehmen.

Es gibt Unternehmen, die beim Bundeskartellamt in informellen Verfahren nur Vorhaben erörtern, die sie selbst sorgfältig geprüft haben mit dem Ergebnis, daß - nach ihrer Ansicht - entweder keinerlei Bedenken bestehen oder mindestens für eine Nicht-Untersagung gute Chancen bestehen. Daß diese Unternehmen nicht geneigt sein werden, nach einem "roten Licht" das Vorhaben einfach aufzugeben, liegt auf der Hand.

Es gibt aber auch Unternehmen, die mit sämtlichen Fusionsvorhaben ohne eigene Prüfung in das informelle Verfahren kommen. Daß für sie die negative Tendenzaussage mindestens "sehr eindrucksvoll" ist, wie es ein Unternehmensvertreter formulierte, bedarf ebenfalls keiner weiteren Begründung.

Und manche Unternehmen betreiben schließlich ein informelles Verfahren nur bei solchen Fusionsvorhaben, die sie selbst kritisch und untersagungsträchtig einschätzen, bei denen sie es aber "einmal in Berlin versuchen wollen, ob es nicht doch geht". Diese Unternehmen werden in aller Regel ihr Vorhaben nach dem "roten Licht"

aufgeben oder nur weiterbetreiben, um nach einer sicheren Untersagung eine Ministererlaubnis gem. § 24 Abs. 3 - 5 GWB anzustreben.

d) Feste Zusicherung und Bluff durch
Tendenzaussagen

Auf die Frage, ob das Bundeskartellamt negative Tendenzaussagen eher mache, als es Untersagungen im formellen Verfahren aussprechen könne. mit anderen Worten, ob es im informellen Verfahren mutiger sei, ergab sich eine ähnliche Differenz der Antworten zwischen dem Bundeskartellamt einerseits und den Unternehmen andererseits wie bei den Antworten auf die Frage, ob es über positive Tendenzaussagen hinaus feste Zusicherungen gebe 1).

Die Vertreter der Unternehmen stritten dies für den jeweils von ihnen zu überschauenden Bereich ab. Die Vertreter des Bundeskartellamtes dagegen räumten bis auf eine Ausnahme ein, daß das Amt "tendenziell mutiger sei". Das läge in der Natur der Sache, weil man das "rote Licht" rechtlich nicht voll begründen müsse. Andere formulierten: "Ich versuche, nicht mutiger zu sein", oder, "die Neigung, im vorderen Schützengraben zu kämpfen, ist im informellen Verfahren größer". Einhellig sagten sie aber, daß es einen "bewußten Bluff" nicht gebe. "Das spricht sich rum und fliegt auf." Sowohl im Positiven (feste Zusicherungen) wie auch im Negativen (Bundeskartellamt ist mutiger) äußerten sich die Vertreter der Unternehmen also weniger weitgehend als die des Bundeskartellamtes. Das mag auf den ersten

1) Dazu oben § 5, III, 4, b.

Blick überraschen, könnte man doch erwarten, daß die Unternehmen auf feste Zusicherungen hoffen und vor zu leichtfertigen behördlichen Einflußnahmen Sorgen haben. Bei genauerem Hinsehen sind die Äußerungen der Unternehmen aber verständlich. Sie beruhen auf einer Haltung, die enttäuschungsfest macht.

Es ist für die unternehmensinterne Frage, ob man ein formelles Verfahren "wagt", sicherer und schützt vor unangenehmen Überraschungen im formellen Verfahren, nur von einer zuverlässigen Tendenzaussage auszugehen. Im umgekehrten Fall einer weitergehenden negativen Tendenzaussage bewahrt die zurückhaltende Haltung die Unternehmen ebenfalls vor Enttäuschungen. Sie müssen sich selbst und anderen nicht einräumen, ein Fusionsvorhaben nur deshalb aufgegeben zu haben, weil das Bundeskartellamt im informellen Verfahren ein "rotes Licht" gesetzt hat, das es als Untersagung im formellen Verfahren nicht aussprechen könnte.

Die Vertreter des Bundeskartellamtes haben also recht und zutreffend geschildert: Im Bereich der positiven Tendenzaussagen werden zuweilen feste Zusicherungen durch das Bundeskartellamt gegeben. Bei negativen Tendenzaussagen sind die Vertreter des Bundeskartellamtes umgekehrt zuweilen mutiger und forscher, als sie es im formellen Verfahren sein könnten 1).

1) vgl. auch Stein, Wirtschaftsaufsicht, S. 196.

5. Kosten für informelle Verfahren

Die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle sind kostenlos. Allerdings berücksichtigt eine Beschlußabteilung den Aufwand des informellen Verfahrens im späteren formellen Verfahren bei der Kostenfestsetzung, sofern es dazu kommt.

IV. Motive und Interessen bei der Anwendung informeller Verfahren

Zum Verständnis der informellen Verfahren ist es wichtig, neben der Darstellung von Gestalt und Folgen dieser Vorgehensweise die Motive und Interessen zu kennen, die das Bundeskartellamt und die Unternehmen bei den informellen Verfahren leiten.

1. Behördenstruktur und formelles Verfahrensrecht

Zunächst kann festgestellt werden, daß zwei Gesichtspunkte nach einhelliger Auffassung aller Gesprächspartner keine Rolle spielen.

Es sind nicht verwaltungsinterne Strukturen, deren mögliche bürokratische Verkrustung oder mangelnde Flexibilität ein Motiv für informelle Verfahren sein könnten. Und es sind auch nicht etwaige Schwächen des formellen Fusionskontrollverfahrensrechts, die durch informelle Verfahren ausgeglichen werden sollen.

Beide Beratungsergebnisse decken sich mit den Forschungsergebnissen der Organisationssoziologie, nach denen sich informelle Rollen in Organisationen stets neben formellen Rollen herausbilden 1).

1) S. dazu schon oben § 3, II, 2.

2.

Sichtweise der Wirtschaft

Aus der Sicht der Unternehmen 1) sind es vor allem drei Motive und Interessen, weswegen sie informelle Verfahren betreiben:

Erstens spielen Zeitfragen eine große Rolle. Den Unternehmen ist die Vier-Monats-Frist (Anmeldefälle) oder gar die Jahresfrist (Anzeigefälle) häufig zu lang. Sie wollen schnell eine Entscheidung als Grundlage ihrer kaufmännischen Überlegungen.

Die Unternehmen räumen zwar ein, daß die Vier-Monats-Frist, die sie selbst durch eine freiwillige Anmeldung gem. § 24 a Abs. 1 Satz 1 GWB in Gang setzen können, als Prüfungszeit angemessen ist.

Dennoch sind diese Fristen aus der Sicht der Unternehmen in Notfällen zu lang.

Das Zeitargument spielt auch für die Wirkung der negativen Tendenzaussagen eine wichtige Rolle. Die Unternehmen überlegen sich nämlich, ob sich ein Zusammenschluß wirtschaftlich noch lohnt, wenn er - belegt mit dem Vollziehungsverbot - erst zwei bis drei Jahre später nach rechtskräftiger BGH-Entscheidung 2) durchgeführt werden kann. Beurteilen die Unternehmen dies negativ, so geben sie ihr Vorhaben in der Regel nach der negativen Tendenzaussage auf, unabhängig von ihrer Auffassung über die Rechtslage.

1) In den Interviews wurden beide Seiten auch danach gefragt, aus welchen Gründen die jeweils andere Seite informelle Verfahren betreibt.

2) So lange dauert ein Verfahren von der Anmeldung bis zur BGH-Entscheidung.

Zweitens ist die Vertraulichkeit informeller Verfahren für die Unternehmen wichtig. Das gilt für die Sanierungsfälle ebenso wie für die Fälle, in denen über die Börse eine Schachtelbeteiligung zusammengekauft werden soll, und für Fälle, in denen zum Beispiel die Belegschaft noch nichts von einem Zusammenschlußprojekt wissen soll. Hinzu kommt, daß ein Unternehmen "sang- und klanglos" von seinen Plänen Abstand nehmen kann, ohne daß die Konkurrenz oder die Öffentlichkeit davon etwas erfährt und möglicherweise das Image des Unternehmens geschädigt wird.

Und drittens haben die Unternehmen ein großes Interesse an Planungssicherheit. Sie wollen möglichst früh erkennen, wo Schwierigkeiten für ihr Projekt liegen, "keine Überraschungen erleben". Auf der Rechtsfolgen- seite des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB, der eigentlichen Untersagungsnorm, wird dem Bundeskartellamt zwar nicht einmal ein Ermessen eingeräumt. Dennoch ist die Anwendung der materiellen Vorschriften des GWB wegen der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe schwer vorhersehbar 1). Diese Struktur der materiellen GWB- Bestimmungen fördert die Herausbildung und Anwendung informeller Verfahren durch die Unternehmen in hohem Maße 2). Denn dem wirtschaftlichen Bedürfnis der Unternehmen nach möglichst wenigen, vor allem aber nach klar vorhersehbaren Eingriffen des Bundeskartellamtes kann am ehesten dadurch Rechnung getragen werden, daß sie so früh wie möglich mindestens eine Tendenzaussage über die Meinung des Bundeskartellamtes erhalten.

- 1) Ausf. dazu Gotthold/Vieth, Erfüllung von Aufgaben, S. 282, 286 ff.; ebenso Pfeiffer, Schwerpunkte 1978/79, S. 1, 4f.; Markert spricht ironisch vom "Subsumtionsermessen", in Referat FORUM am 28.09.82.
- 2) Gotthold/Vieth, Erfüllung von Aufgaben, S. 282, 287 ff.; ebenso Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 84 f. für das Umweltschutzrecht.

Neben diesen drei Motiven und Interessen ist auch von Bedeutung, daß vielen Unternehmen an einem guten Verhältnis zum Bundeskartellamt liegt. Sie versprechen sich davon mehr eigene Einflußnahme und ein Entgegenkommen durch das Bundeskartellamt.

3.

Sichtweise des Bundeskartellamtes

Die Motive und Interessen des Bundeskartellamtes, informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle durchzuführen, sind denen der Unternehmen teilweise verwandt.

Erstens spielen auch für das Bundeskartellamt Zeitfragen eine wichtige Rolle. Einmal geht es dabei darum, die Prüfungszeit, die in formellen Verfahren knapp bemessen ist, zu verlängern, indem schon von Beginn des informellen Verfahrens an je nach der Wahrscheinlichkeit eines späteren formellen Verfahrens der Fall fusionsrechtlich geprüft wird. Zum anderen kann aber auch das Gegenteil, nämlich eine faktische Fristverkürzung eintreten, wenn dem Unternehmen - z. B. in einem Sanierungsfall - an einer kurzfristigen Aussage des Bundeskartellamtes gelegen ist. In diesem Fall ist das Motiv der Vertreter des Bundeskartellamtes das Bemühen um ein Entgegenkommen im Hinblick auf die Fristen.

Dem Bedürfnis der Unternehmen nach Planungssicherheit entspricht zweitens das Bedürfnis des Bundeskartellamts nach Rechtsanwendungssicherheit. Angesichts der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe legt das Bundeskartellamt das GWB nicht forsch aus mit der Folge, daß es der Rechtsprechung überlassen bleibt, den Inhalt wesentlicher Teile des Gesetzes festzulegen.

Vielmehr versucht es, besonders durch informelle Verfahren die Anwendung und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe möglichst unter eigener Kontrolle zu halten und so zugleich die eigene Gestaltung und Kontinuität bei der Rechtsanwendung zu sichern 1). Die Folge ist, daß es - verglichen mit anderen Rechtsgebieten - im Kartellrecht, insbesondere bei der Fusionskontrolle, verhältnismäßig wenige Urteile gibt.

Über die beiden genannten Punkten hinaus gibt es noch ein drittes Motiv der Vertreter des Bundeskartellamtes für die Anwendung informeller Verfahren. Sie sehen darin eine Art Serviceleistung des Bundeskartellamtes für die Wirtschaft, die es schon von Beginn der Tätigkeit des Bundeskartellamtes an gibt 2).

V. Bedeutung und Funktion informeller
Verfahren im System der Fusionskon-
trolle

1. Bedeutung

Eine genaue Einschätzung des Umfanges und der Bedeutung informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle ist aus mehreren Gründen problematisch. Eine Statistik des Bundeskartellamtes darüber gibt es nicht 3). Nur einen Anhalt gibt die bereits erwähnte Liste über bekannt gewordene Zusammenschlüsse, die vor Vollzug aufgegeben

-
- 1) Ähnlich Gotthold/Vieth, Erfüllung von Aufgaben, S. 282, 289; in diesem Sinne auch Rittner, WuW 1969, 65, 74 f.
 - 2) S. die Aufforderung der BReg an das BKartA dazu in ihrer Stellungnahme zum TB des BKartA 1958, BT Drucks. III/1000, S. 9.
 - 3) Markert, Schwerpunkte 1980/81, S. 43.

worden sind. Die Liste gibt nur Auskunft über den Umfang und die Wirkung informeller Verfahren, die mit einer negativen Tendenzaussage enden. Die informellen Verfahren, die mit einer positiven Tendenzaussage abschließen, sind unerkennbar in den Zahlen enthalten, die über solche formelle Verfahren Auskunft geben, die ohne Untersagung durchgeführt werden.

Dennoch soll hier auf der Grundlage der Befragung der Versuch einer Einschätzung gemacht werden.

- Bei den nur anzeigepflichtigen Fusionsprojekten spielen die informellen Verfahren quantitativ eine untergeordnete Rolle. Dagegen haben bei den anmeldepflichtigen und den freiwillig für eine Anmeldung vorgesehenen Projekten informelle Verfahren eine überraschende Bedeutung. Sie finden in einer Größenordnung von der Hälfte bis zu zwei Dritteln dieser Projekte statt. Darin sind fast alle bedeutenden Projekte enthalten. Nahezu alle fusionsrechtlich kritischen Fälle durchlaufen informelle Verfahren.
 - Über die Wirkung der informellen Verfahren sind Aussagen möglich, soweit es um die Verfahren geht, die mit einer negativen Tendenzaussage enden. Denn trotz aller Bedenken gegen ihre Aussagekraft erlaubt die Liste über vorzeitig aufgegebene Zusammenschlußprojekte die Folgerung, daß das Bundeskartellamt im informellen Verfahren etwa doppelt so viele Zusammenschlüsse verhindert wie im formellen Untersagungsverfahren. Berücksichtigt man zusätzlich, daß von den bisher angesprochenen 62 Untersagungen nur 24 rechtskräftig geworden sind 1), so erhöht sich das Verhältnis zugunsten verhinderter Fusionen im informellen
-

1) Stand: 31.12.1984, Quelle: TB des BKartA, BT Drucks. 10/3550, S. 8.

Verfahren zu denen im formellen Verfahren erheblich. Vermutlich befinden sich unter den im informellen Verfahren verhinderten Zusammenschlüssen aus fusionsrechtlicher und wirtschaftspolitischer Sicht bedeutendere Fälle als unter den formellen Untersagungen. Diese Vermutung stützt sich u. a. darauf, daß das Bundeskartellamt zwar von dieser Liste Gebrauch macht, um seine Effizienz argumentativ zu untermauern, daß es aber die Namen nicht veröffentlicht und keine Einsichtnahme ermöglicht. Dies ist nur so zu erklären, daß die Veröffentlichung der in der Liste aufgeführten ehemaligen Fusionsvorhaben auch heute noch für die betroffenen Unternehmen unangenehm wäre. Das aber ist bei unbedeutenden Fällen nicht anzunehmen.

- Informelle Verfahren, die mit einer positiven Tendenzaussage enden, sind um ein Vielfaches zahlreicher als solche, die mit einer negativen Tendenzaussage zu Ende gehen. Dies ergibt sich, wenn man die beiden gemachten Einschätzungen ($1/2 - 2/3$ aller Anmeldefälle vorher informell, ca. 111 informell verhinderte Fusionen) zu den insgesamt mehr als 2.000 Anmeldefällen 1) in Beziehung setzt, die im formellen Verfahren ohne Untersagung zu den beabsichtigten Zusammenschlüssen geführt haben.
- Die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle sind nicht wichtiger oder unwichtiger als die formellen Verfahren. Die Bedeutung der informellen Verfahren läßt sich nicht in einem abgrenzenden Vergleich zu den formellen Verfahren erfassen, sondern nur in einem ergänzenden. Die informellen Verfahren bleiben in ihrer Existenz auf die formellen Verfahren bezogen, ohne jene wären sie nicht denkbar. Das

1) Stand: 31.12.1984, Quelle: TB des BKartA, BT Drucks. 10/3550, S. 120 iVm S.8.

Formelle bleibt das "Leitseil" 1) des Informellen.

2. Funktionen

Die Funktionen der informellen Verfahren müssen daher in bezug zu den formellen Verfahren für die Fusionskontrolle insgesamt beschrieben werden.

- Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle haben eine Vorbereitungsfunktion. In fast allen bedeutenden Fällen ermöglichen sie dem Bundeskartellamt und den Unternehmen eine zügige und effektive Gestaltung der formellen Verfahren, oder sie bilden die Grundlage für unternehmerische Entscheidungen für ihr weiteres Vorgehen.
- Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle können eine Beschleunigungsfunktion haben. Sie machen eine Verkürzung der im GWB vorgesehenen Fristen möglich.
- Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle haben eine Ergänzungsfunktion. Sie ergänzen das formelle Verfahren um einen vorentscheidenden Abschnitt. Sie erweitern flexibel das im GWB klein ausgefallene Instrumentarium kartellbehördlicher Handlungsformen. Dies wird von der Wirtschaft als Bedürfnis angesehen und vom Bundeskartellamt als Service praktiziert.
- Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle haben eine Klärungs- und Sicherungsfunktion. Frühzeitig werden gegenseitige Positionen geklärt. Die ständige Praxis informeller Verfahren und der Bezug zu den -----

1) Quaritsch, FS Ule, S. 135, 157.

formellen Verfahren des Bundeskartellamtes und der Rechtsprechung führen zu kontinuierlich sicherer Rechtsanwendung. Dies hat seinen Grund in der Unbestimmtheit des materiellen GWB-Rechts.

- Informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle können eine Ersetzungsfunktion haben. Sie können zur Folge haben, daß ein formelles Verfahren aus wirtschaftlichen Gründen undurchführbar wird. Das gilt insbesondere, wenn das Bundeskartellamt eine negative Tendenzaussage macht.

§ 6

RECHTLICHE WÜRDIGUNG INFORMELLER
VERFAHREN INSBESONDERE BEI DER
FUSIONSKONTROLLE

Die rechtliche Würdigung der informellen Verfahren basiert auf dem dargestellten Tatsachenmaterial. Ziel der Arbeit kann es aber nicht sein, konkretes Einzelverhalten unter Berücksichtigung aller Umstände der jeweiligen Einzelfälle rechtlich zu würdigen. So entstünden keine diskutablen Aussagen über die informellen Verfahren insgesamt.

Aus diesen Gründen bedarf auch die rechtliche Würdigung der Typisierung. Gewürdigt wird jeweils eine Klasse von Handlungen, die in wichtigen Merkmalen übereinstimmen.

Die Rechtsfragen werden zunächst für die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle untersucht. Das Erkenntnisinteresse bleibt aber auf alle informellen Verfahren gerichtet. Die Konzentration auf die Fusionskontrolle trägt lediglich ihrem Gewicht Rechnung und erleichtert die Darstellung.

I. Grundlagen

Die informellen Verfahren bleiben auf die formellen Verfahren bezogen.

Ausgangspunkt der rechtlichen Würdigung informeller Verfahren ist deshalb das Recht der formellen Verfahren in Verwaltungssachen beim Bundeskartellamt mit seinen historisch begründeten Eigentümlichkeiten.

Beides hat Konsequenzen für die Maßstäbe der Rechtsprüfung.

1. Skizzierung der Eigentümlichkeiten
des formellen Verfahrensrechts

Das Recht der Verfahren in Verwaltungssachen, das im GWB geregelt ist, enthält Elemente aus den verschiedensten Verfahrensrechten, sei es aus dem Verwaltungsverfahrensrecht, sei es aus mehreren gerichtlichen Verfahrensgesetzen. Das ist deshalb bemerkenswert, weil die einzelnen Elemente jeweils andersartigen gesetzessystematischen Zusammenhängen entstammen.

Die Folge davon ist eine Reihe von Eigentümlichkeiten der formellen Verfahren.

So sind sie ihrer Rechtsnatur nach Verwaltungsverfahren 1). Dennoch werden gem. § 48 Abs. 2, 3 und 4 GWB die Entscheidungen gerichtsähnlich von Beschlußabteilungen als Kollegialspruchkörpern getroffen. Die Befugnisse des Präsidenten sind beschränkt. Die Beschlußabteilungen sind in der Verwaltungspraxis unabhängig und selbstbewußt.

Für ein Verwaltungsverfahren ungewöhnlich ist auch, daß das GWB in § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB die Möglichkeit einer Beiladung 2) vorsieht. Die Entscheidung über die Beiladung ist in einem Beschwerdeverfahren angreifbar.

Alle Beteiligten haben ferner einen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung, § 53 Abs. 1 GWB.

- 1) Inzwischen allg. Meinung: bereits Begr. des BReg Entw. zum GWB, BT Drucks. II/1158, S. 49; früh dazu auch Kull, JZ 1961, 681 ff.; ausf. und mwN auf die Diskussion, Hertin, Die Beteiligten, S. 6 ff., 10.
- 2) § 13 Abs. 1 Nr. 4 BVwVfG spricht nur von Hinzuziehung; eine Beiladung gibt es dagegen in der VwGO, § 65.

Bemerkenswert ist auch, daß das Beweisverfahren streng geregelt ist und sich an ZPO-Vorschriften anlehnt, § 54 GWB.

In Verfahren in Verwaltungssachen hat die Kartellbehörde sogar gem. § 55 GWB die Befugnis, Gegenstände zu beschlagnahmen. Sie darf Räume von Unternehmen betreten und Durchsuchungen durchführen. Der Rechtsschutz dagegen richtet sich, wie im Strafprozeßrecht, nach den §§ 306 ff. StPO. § 56 GWB regelt schließlich ein Recht der Kartellbehörden, in Verfahren in Verwaltungssachen bis zur endgültigen Entscheidung einstweilige Anordnungen zu treffen.

2. Historische Begründung

Das verfahrensrechtliche Sammelsurium läßt sich nur historisch erklären.

a) Einfluß der Kartell-VO von 1923

Einen entscheidenden Einfluß auf das GWB hat die Kartell-VO von 1923 1). Sie hat das GWB in seinen organisations- und verfahrensrechtlichen Teilen geprägt. Entsprechend den materiellrechtlichen Bestimmungen - es wurde eine sog. Mißbrauchsgesetzgebung, nicht etwa ein Verbot von Kartellen eingeführt - entstanden für den Staat verwaltungsmäßige und judizielle Aufgaben. Die Kartell-VO übertrug beide Aufgaben einem für das ganze Reichsgebiet zuständigen Kartellgericht, §§ 7, 9, 10, 11, 17, 20, 21 Kartell-VO,

1) RGBl. I, S. 1067. Die Kartell-VO wurde erlassen aufgrund des Ermächtigungsgesetzes vom 13.10.1923, RGBl. I, S. 943; siehe auch Isay-Tschierschky, Kartell-VO.

das also in sich die Funktionen eines Gerichts und einer Verwaltungsbehörde vereinigte.

Dieses Kartellgericht war für die Befugnisse des neu zu errichtenden Bundeskartellamtes einerseits Vorbild, andererseits Abgrenzungsobjekt. Typisch für den Vorbildcharakter ist die amtliche Begründung zu § 47 des Entwurfs eines GWB 1), jetzt § 56 GWB (Einstweilige Anordnungen): Unter Verweis auf die jahrelange Übung des Kartellgerichts und ab 1938 des Reichswirtschaftsgerichts 2) wird ohne jeden Hinweis auf den Unterschied zwischen einem Gericht und einer Prozeßordnung einerseits sowie einer Behörde und deren Verfahren andererseits erörtert, in welchem Umfang die neue Kartellbehörde einstweilige Anordnungen erlassen darf.

Zum Bundeskartellamt heißt es in der Regierungsbe-
gründung des GWB andererseits:

"Für die Bearbeitung dieser Sachen (gemeint sind die Bestimmungen des materiellrechtlichen Teils, wie die Erteilung von Erlaubnissen u. ä., d. Verf.) sind Behörden zu schaffen. Die Kartell-VO von 1923 hatte den Weg gewählt, die entsprechenden Aufgaben einem Kartellgericht zu übertragen. Dieses Kartellgericht vereinigte in sich die Funktion eines Gerichts und einer Verwaltungsbehörde. Diesem Vorbild kann der Entwurf aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht folgen; Kartellbehörde und Gericht müssen getrennt werden. Das Gesetz überträgt demnach die

1) BT Drucks. II/1158, S. 50.

2) Das Kartellgericht wurde durch Gesetz vom 25.02.38 (RGBl. I., S. 216) mit dem Reichswirtschaftsgericht vereinigt. Im 2. Weltkrieg ging es in dem neu gegründeten Reichsverwaltungsgericht auf.

Bearbeitung der Verwaltungsangelegenheiten einer Behörde." 1)

Gleichwohl enthielten der Entwurf des GWB und später das Gesetz Befugnisse des Bundeskartellamtes, die eher einem Gericht zustehen, wie z. B. die schon erwähnte Möglichkeit zum Erlaß einstweiliger Anordnungen. In der Begründung des Regierungsentwurfs scheint deshalb folgender Hinweis für erforderlich gehalten worden zu sein:

"Dieses Bundeskartellamt ist eine Verwaltungsbehörde, nicht ein Gericht." 2)

In der Anlehnung des GWB an die Kartell-V0, soweit es um Organisations- und Verfahrensfragen geht, ist also eine Erklärung für das erwähnte Sammelsurium typisch verwaltungsmäßiger und typisch gerichtlicher Verfahrenselemente zu finden.

An die Kartell-V0 von 1923 knüpfte nach dem 2. Weltkrieg der sog. Josten 3) - Entwurf 4) vom Juli 1949 an.

- 1) BT Drucks. II/1158, S. 28; s. auch Ewald, WuW 1958, 317.
- 2) BT Drucks. II/1158, S. 28 und noch einmal S. 49.
- 3) Dr. Paul Josten, vorher lange Jahre Leiter des Kartellreferates im Reichswirtschaftsministerium, war Vorsitzender des Sachverständigenausschusses, der den Entwurf erarbeitet hatte.
- 4) "Entwurf zu einem Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs und zu einem Gesetz über das Monopolamt"; s. dazu: Günther, Geistige Grundlagen des Josten-Entwurfs, in FS Böhm, S. 183 ff.; ders., WuW 1951/52, 17, 23 ff.

Dieser Entwurf mit einem strengen Verbotsprinzip (d. h. Kartelle sollten grundsätzlich verboten sein) sah in seinen Organisations- und Verfahrensteilen folgendes vor:

Es sollte ein Monopolamt als unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen oberste Behörde gebildet werden (§ 53 des Entwurfs zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, EntwSilWettb). Dessen Entscheidungen sollten für Gerichte und Verwaltungsbehörden endgültig sein, § 54 Abs. 2 EntwSilWettb. Lediglich eine interne Selbstkontrolle war vorgesehen. Das Verfahren war nach den Grundsätzen des Officialverfahrens, der Erforschung der Wahrheit von Amts wegen mit weitreichenden Befugnissen für das Amt ausgestaltet 1). Insgesamt liest sich der Josten-Entwurf mit seinen zwei Gesetzesentwürfen wie der Entwurf zu einer Gerichtsordnung. Als Vorbild diente vor allem das Verfahren im Gesetz über das Reichswirtschaftsgericht, auf dessen Vorschriften wiederum die Kartell-VO von 1923 für die Verfahren vor dem Kartellgericht verweist (§ 22 Kartell-VO in Verbindung mit § 1 der VO über das Verfahren vor dem Kartellgericht) 2).

Trotz seines Scheiterns 3) hat der Josten-Entwurf das GWB im verfahrensrechtlichen Teil maßgebend beeinflusst. Dies gilt insbesondere für die GWB-Regelungen der Entscheidungen durch Kollegialorgane,

- 1) Begr. zum Entw. eines Gesetzes über das Monopolamt, Zweiter Teil, Verfahren, S. 106 f. des veröffentlichten Josten-Entwurfes.
- 2) RGBI. 1923 I, S. 1067.
- 3) Zu den Gründen:
Günther, Geistige Grundlagen des Josten-Entwurfes, in FS Böhm, S. 183, 197 ff; anders noch ders., WuW 1951/52, 17, 30; Einzelheiten auch bei Kartte/Holtschneider, Konzeptionelle Ansätze, S. 193, 203 ff; Robert, Konzentrationspolitik, S. 105 ff.

der Pflicht zur Erstattung eines jährlichen Tätigkeitsberichtes, des Rechts der Beweiserhebungen, des Rechts zum Erlaß einstweiliger Anordnungen und insbesondere für die Verweisungen auf unterschiedliche Gerichtsverfahrensgesetze (ZPO, StPO). So bildet der Josten-Entwurf, dem seinerseits wieder die Kartell-VO von 1923 für wichtige Verfahrensvorschriften Vorbild gewesen war, das Verbindungsglied zwischen Kartell-VO und GWB. Er liefert deshalb eine weitere Erklärung für das verfahrensrechtliche Sammelsurium im GWB.

b) Entstehen des GWB

Prägend für das geltende Verfahrensrecht mit all seinen Ungewöhnlichkeiten waren aber nicht nur die Kartell-VO und der Josten-Entwurf, die ihrerseits eklektisch angelegt waren. Von Bedeutung sind auch gesetzgeberische Überlegungen im Zusammenhang mit dem GWB selbst.

In der Begründung des Regierungsentwurfes 1) heißt es z. B.:

"Das Verfahren muß nach Möglichkeit ohne bürokratische Schwerfälligkeit gehandhabt werden. Soweit das Bundeskartellamt Verwaltungsakte zu erlassen hat - das Gesetz bezeichnet diese Angelegenheiten als Verwaltungssachen - genügen einige grundsätzliche Bestimmungen. Das Verfahren ist im wesentlichen formlos."

1) BT Drucks. II/1158, S. 28.

Der Entwurf sah schon einen einheitlichen Rechtsweg für alle Streitfragen vor, und zwar zu den Zivilgerichten 1). Hierfür wurden wieder Grundsätze aus den rechtstechnisch heterogenen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, aber auch einzelne Bestimmungen der ZPO (z. B. § 51 RegEntw., der § 945 ZPO entspricht) verwertet. Ein Vorbild bot insbesondere auch das Gesetz über das Reichswirtschaftsgericht 2) vom 25.02.1938 3).

Sehr umstritten bei den Gesetzesberatungen war der Umfang der Nachprüfungscompetenz der Entscheidungen der Kartellbehörde durch die Gerichte 4). Dieser Streit führte zu der eigenartigen Kompromißformel des heutigen § 70 Abs. 5 GWB.

Am Tag des Inkrafttretens des GWB, am 01.01.1958, wurde aufgrund des § 48 Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt in Berlin errichtet 5), das von Beginn seiner Arbeit an "mit weicher Hand" 6) auch informell vorgeht.

- 1) Begr. des RegEntw. zum GWB, BT Drucks. II/1158, S. 28 f.; dazu Forsthoff, FS Isay, S. 95 ff.
- 2) Begr. des RegEntw. zum GWB, BT Drucks. II/1158, S. 30 zum Grundsätzlichen, und S. 51 ff. zu den einzelnen Parallelen der einzelnen Paragraphen.
- 3) RGBL. I, S. 216.
- 4) S. Generalbericht des Abg. Dr. Hellwig zum GWB-Entw., BT Drucks. II/3644, S. 12 f; Würdinger, WuW 1958, 392; Kull, JZ 1961, 681, 683 ff.
- 5) Dazu Weber: Geschichte und Aufbau des BKartA, in: Zehn Jahre Kartellgesetz, S. 263.
- 6) Ewald, WuW 1958, 317, 320. S. schon oben § 1.

c) Veränderungen durch Gesetzes-
novellen

Bis zur Neufassung des GWB im Jahre 1980 wurde es vier Mal novelliert 1). Diese Novellen brachten keine grundlegenden Änderungen der Verfahrensregeln. Einzelne Neuerungen verdienen jedoch im Blick auf das Thema eine kurze Erwähnung.

Mit der ersten GWB-Novelle wurde zunächst das behördeninterne Einspruchsverfahren wieder abgeschafft. Die zweite GWB-Novelle führte mit dem § 37 a GWB das objektive Untersagungsverfahren ein 2), das in der Begründung des RegEntw. als eine besondere Art des Verwaltungsverfahrens qualifiziert ist 3). Der neue § 63 a GWB gab der Kartellbehörde - ähnlich wie bei § 80 Abs. 2 Nr. 4 FGO 4) - das Recht, bei Beschwerden, die gem. § 63 Abs. 1 GWB grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung der angegriffenen Verfügung anzuordnen. Praktisch war allerdings auch vor dieser Neuregelung unter Berufung auf die §§ 56, 63 Abs. 2 und 3 GWB genauso verfahren worden 5). Die dritte Novelle brachte mit der Einführung der Fusionskontrolle eine Reihe von verfahrensrechtlichen Neuerungen mit sich,

1) 1. Novelle vom 15.09.1965, BGBl. I, S. 1081; 2. Novelle vom 03.08.1973, BGBl. I, S. 917; 3. Novelle vom 28.06.1976, BGBl. I, S. 1697; 4. Novelle vom 26.04.1980, BGBl. I, S. 458. Das GWB ist dann neu gefaßt worden am 24.09.1980, BGBl. I, S. 1761.

2) S. schon oben § 4, I, 2, b, aa.

3) BT Drucks. VI/2520, S. 35.

4) RegEntw. zur 2. Novelle, BT Drucks. VI/2520, S. 36.

5) Diese Praxis war aber umstr.: Lüke/Bähr, Einstweilige Anordnungen, in Wettbewerb als Aufgabe, S. 519; Junge, WuW 1973, 834, 839 mwN auf Rspr. und Lit. in den Fußn. 22 - 25.

die bei den materiellrechtlichen Bestimmungen mit geregelt sind, so z. B. die für die Wirtschaft sehr wichtigen Vorschriften des § 24 a Abs. 2 Satz 1 GWB. Mit der 4. Novelle kam § 24 a Abs. 4, Satz 1 GWB hinzu.

3. Maßstäbe der Rechtsprüfung

Jede rechtliche Würdigung bedarf rechtlicher Maßstäbe. Damit sie bei ihrer Anwendung nachvollziehbar sind, müssen sie offengelegt werden:

Die dargelegten verfahrensrechtlichen Eigenheiten des GWB und der Bezug der informellen zu den formellen Verfahren haben Folgen. Sie führen zu einer Besonderheit bei der Auslegung des GWB und zu speziellen Grundsätzen bei einer möglichen Anwendung des BVwVfG und des allgemeinen Verwaltungsrechts.

a) Auslegungsbesonderheit bei der Anwendung des GWB

Das Verfahrensrecht hat - mindestens auch - die Aufgabe, dem materiellen Recht zur Geltung zu verhelfen; es hat insoweit eine komplementäre und eine dienende Funktion 1). Deshalb gelten die Auslegungsgrundsätze

- 1) Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 193, 222; Püttner, VVDStRL 41 (1983); S. 282 f., Vgl. auch v. Mutius, NJW 1982, 2150, 2156 ff., der Entsprechendes vertritt im Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Grundrechtsschutz auch unter Verweis auf BVerfG NJW 1981, 1436, 1437; auch Steinberg, DÖV 1982, 619, 620 spricht von der dienenden Funktion des Verfahrens; s. auch Ossenbühl, NVwZ 1982, 465 f.

des materiellen Rechts auch für das Verfahrensrecht. Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des GWB sind also auch im Hinblick auf den Sinn und Zweck des materiellen GWB-Rechts auszulegen 1).

Im Rahmen der teleologischen Auslegung muß die Entstehungsgeschichte und die Entwicklung der einzelnen Vorschrift und ganzer Vorschriftenkomplexe eine größere und damit besondere Rolle als sonst ohnehin bei neuen Gesetzen spielen 2).

Der Gesetzgeber und die einschlägig Interessierten richten auf das GWB laufend eine hohe Aufmerksamkeit. Das zeigen mehrere Tatsachen: vier Novellen in nur 15 Jahren, die regelmäßigen Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamtes und Gutachten der Monopolkommission mit den jeweilig dazu ergehenden Stellungnahmen der Bundesregierung sowie die häufigen Erörterungen grundsätzlicher Art im Bundestag, meist im Zusammenhang mit gerade aktuellen Großverfahren beim Bundeskartellamt. Die durch diese Diskussionen und Erörterungen

1) Dazu allg.: Immenga /Mestmäcker, in dies., Einl. Rdnr. 23; Langen, 4. Aufl., Einf. Rdnr. 34; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. Einl. GWB, Rdnr. 12; Rittner, Wirtschaftsrecht, § 16 C II 1 a, S. 293 mwN auf Rspr.; Sandrock, Grundbegriffe S. 59; ders., Einheit, S. VIII; Offterdinger, Methode, in Schwerpunkte 1976/77, S. 1 ff.; siehe auch mit eigenen Begrifflichkeiten: Ulmer, WuW 1971, 878 und Sandrock, Einheit, S. 43 ff. ("wirtschaftliche Betrachtungsweise"); Immenga/Mestmäcker, in dies., Einl., Rdnr. 26 ff. ("normativ-funktionale Betrachtungsweise") und Steindorff, in FS Larenz, S. 217, 231, 233, 235 ("Politik des Gesetzes").

2) Vgl. auch Rittner, Wirtschaftsrecht, § 16 C II 1 c mwN; skeptisch zur historischen Auslegung im Wirtschaftsrecht: Hopt, BB 1972, 1017, 1021.

sich herausbildenden Präferenzen sind bei der Gesetzesauslegung besonders zu beachten 1), sofern sie eindeutig und von einiger Dauer sind.

Für den Bereich der informellen Verfahren gibt es eine derartige Präferenz.

Im Zusammenhang mit dem Entstehen des GWB und des ersten Tätigkeitsberichtes sind dazu bereits einschlägige Passagen zitiert worden 2). Drei weitere typische Zitate sollen verdeutlichen, in welche Richtung diese Präferenz geht.

In der Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes des Jahres 1959 heißt es:

"Darüber hinaus war das Bundeskartellamt bestrebt, auch außerhalb des im GWB vorgeschriebenen förmlichen Verfahrens die Sach- und Rechtslage mit den beteiligten Wirtschaftskreisen eingehend zu erörtern, Auskünfte zu erteilen und durch Beratung der Beteiligten auf ein sachdienliches Verfahren hinzuwirken oder sie zu veranlassen, von unzulässigen Maßnahmen Abstand zu nehmen. ... Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß die Spruch- und Verwaltungspraxis grundsätzlich Zustimmung verdient" 3).

1) Auf diesen Gesichtspunkt weist auch R. Fischer hin, ZGR 1978, 235, 237 f.

2) S. oben § 1.

3) BT Drucks. III/1795, S. 2.

Im Zusammenhang mit der 2. GWB-Novelle wird in dem Bericht der Berichterstatter des Wirtschaftsausschusses im Jahre 1973 ausgeführt:

"Der Anregung, im objektiven Verfahren nach § 37 a auch den Antrag auf Erteilung eines 'Negativattestes' zuzulassen, ist der Ausschuß nicht gefolgt ... Der Ausschuß hat jedoch die Erklärung der Bundesregierung und des Bundeskartellamtes entgegengenommen, daß das Amt an seiner bisherigen Praxis festhalten wird, im Wege des sogenannten informellen Verfahrens Auskünfte zu erteilen." 1)

Und im Tätigkeitsbericht des Jahres 1976 berichtet das Bundeskartellamt:

"Bereits im Gesetzgebungsverfahren (gemeint ist das Verfahren der 2. Novelle, d. Verf.) bestand Klarheit darüber, daß das sog. informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle eine große Bedeutung haben würde 2)."

An anderen Stellen wird seit Jahren Ähnliches gesagt 3).

Aus all dem wird deutlich, daß der Gesetzgeber von den informellen Verfahren seit Jahren weiß, im Hinblick auf sie gesetzgeberische Aktivitäten unterlassen und sie ausdrücklich gebilligt hat.

1) BT Drucks. 7/765, S. 10.

2) BT Drucks. 8/704, S. 17.

3) Begr. zum RegEntw. zur 2. Novelle, BT Drucks. VI/2520, S. 25, 30 zur Fusionskontrolle; Stellungnahme der BReg. zu den TB'en des BKartA 1974, BT Drucks. 7/3791, S. I und 1975, BT Drucks. 7/5390, S. II; Stellungnahme der BReg. zum 1. HG der Monopolkommission 1977, BT Drucks. 8/702, S. 9, 13, jeweils zur Fusionskontrolle; TB'e des BKartA: 1968, BT Drucks. V/2463, S. 88 und 1973, BT Drucks. 7/2250, S. 115, jeweils zu Lizenzverträgen; 1977, BT Drucks. 8/1925, S. 15 zu Konditionempfehlungen; 1979/80, BT Drucks. 9/565, S. 19 zur Fusionskontrolle.

Deshalb ist im oben genannten Sinne für die informellen Verfahren eine gesetzgeberische Präferenz entstanden, die eindeutig und von Dauer ist. Sie kann nicht bei der Lösung einzelner Rechtsfragen jeweils allein ausschlaggebend sein. Dennoch wird sie bei der Anwendung des GWB und hier bei der teleologischen Auslegung besonders zu beachten sein.

b) Restriktive Anwendung des subsidiären
BVwVfG im Lichte des GWB

Soweit das GWB für Verfahren in Verwaltungssachen in den §§ 51 ff. GWB oder sonst verstreut im Gesetz keine Regelungen trifft, gilt subsidiär das BVwVfG 1). Mit dieser Feststellung allein ist jedoch für die informellen Verfahren noch nicht viel gewonnen. Denn die Probleme ergeben sich erst bei der Folgefrage, ob im Einzelfall das GWB ausdrücklich oder sinngemäß eine Regelung trifft, die eine Anwendbarkeit des BVwVfG nicht zuläßt 2). Diese Frage wird hier auf der Grundlage einer extensiven Anwendung des GWB und einer restriktiven des BVwVfG beantwortet 3).

- 1) Allg. Meinung: K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 4; Sauter, in Immenga/Mestmäcker, § 80, Rdnr. 3; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 51, Rdnr. 1, § 80, Rdnr. 1; Junge, im GK, § 51, Rdnr. 2; FK, §§ 51 - 80 Vorb., Tz. 4; v. Gamm, § 51, Rdnr. 3; Westrick/Loewenheim, § 51, Rdnr. 4; aus der Rspr. z.B.: WuW/E OLG 2140 "Einbauküchen", WuW/E OLG 2193 "Basaltunion", WuW/E OLG, 2411 "Synthetischer Kautschuk I".
- 2) Vgl. z. B. zum Verhältnis von § 3 Abs. 4 GWB zu den §§ 48, 49 BVwVfG zunächst KG WuW/E OLG 2172; danach in der Rechtsbeschwerde ganz anders der BGH WuW/E 1717 "Haus- und Hofkanalguß"; krit. zum KG-Beschluß schon Riechmann, WuW 1980, 241.
- 3) Ebenso Junge, im GK, § 51, Rdnr. 2; v. Gamm, § 51, Rdnr. 3; wohl auch Bunte, BB 1980, 1073, 1077.

Das GWB weist eine derartige Fülle von Eigentümlichkeiten auf, die einem gewöhnlichen Verwaltungsverfahren fremd sind, daß eine schematische Anwendung einzelner Vorschriften des BVwVfG dem GWB-Verfahren nicht gerecht würde.

Deshalb muß dann, wenn im Einzelfall eine Vorschrift des BVwVfG subsidiär angewendet wird, für die Auslegung dieser Vorschrift zusätzlich folgender Grundsatz gelten: Jede Vorschrift des BVwVfG wird "im Lichte" 1) des GWB-Verfahrens in Verwaltungssachen angewandt. Genauer, bei der Auslegung der Normen des BVwVfG wird darauf zu achten sein, daß sich diese Normen widerspruchsfrei und systemgerecht in das vorrangige Gesamtgefüge des GWB-Verfahrensrechts einpassen lassen. Das kann bedeuten, daß diese Normen eine andere Bedeutung im GWB-Verfahren erhalten als in Verfahren, in denen allein das BVwVfG anwendbar wäre.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der subsidiären Anwendung des BVwVfG ergibt sich aus diesem selbst. Mit Ausnahme der §§ 3 - 8, 31 - 34 und 94 ff. haben nämlich alle Bestimmungen dieses Gesetzes einen unlösbaren Bezug zum Begriff des Verwaltungsverfahrens im Sinne von § 9 BVwVfG 2). Das Verwaltungsverfahren beschränkt sich danach auf die Verwaltungstätigkeit mittels Verwaltungsakt und öf-

1) Begriff aus dem Verfassungsrecht im Zusammenhang mit den Gesetzen, die Grundrechte begrenzen; vgl. z. B. BVerfGE 7, 198, 208 f.; 21, 271, 281; 42, 143, 150; 47, 198, 232, 50, 234, 241.

2) Meyer/Borgs-Maciejewski, § 9, Rdnr. 1; Knack, Vor § 9, Rdnr. 2.

fentlichrechtlichen Vertrag. Alle anderen Verwaltungstätigkeiten werden durch § 9 BVwVfG bewußt 1) nicht erfaßt. Wenn sich herausstellt, daß die informellen Verfahren nicht Verfahren zur Vorbereitung eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 9 BVwVfG sind, werden sie vom BVwVfG nicht erfaßt. Der Grundsatz der subsidiären Anwendbarkeit des BVwVfG hilft also auch dann nur begrenzt.

c) Restriktive Anwendung von Grundsätzen
allgemeinen Verfahrensrechts

Wenn für die informellen Verfahren weder das GWB noch das BVwVfG anwendbar sind, so bleiben auch für das GWB-Verfahren in Verwaltungssachen die allgemeinen Grundsätze und Institute des Verwaltungsverfahrensrechts anwendbar 2).

Auch hier gilt: Diese Grundsätze sind restriktiv und im Lichte des GWB-Verfahrens anzuwenden, d.h. sie müssen sich in dessen Gesamtgefüge einpassen lassen. Teilweise wird ganz in diesem Sinne vom Vorrang des GWB gesprochen 3).

Sollten selbst die Grundsätze des Verwaltungsverfahrensrechts nicht einschlägig sein oder keine Lösung ergeben, bleibt schließlich die Frage, ob nicht auch

- 1) So ausdrücklich die Begr. des RegEntw. zum BVwVfG, BT Drucks. 7/910, S. 41; krit. dazu: u. a. Meyer/Borgs-Maciejewski, § 9, Rdnr. 2; s. auch Leonhardt, VwVfG, § 9, Rdnr. 6.
- 2) BGH WuW/E BGH 1717, 1720 f. "Haus- und Hofkanalguß"; BGH WuW/E BGH 1758, 1760 f. "Schleifscheiben und Schleifkörper"; K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 4; ähnlich schon Begr. des RegEntw. zum BVwVfG, BT Drucks. 7/910, S. 42.
- 3) K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 4.

zur Lösung von Auslegungsfragen oder zur Ausfüllung von Gesetzeslücken die Verfahrensgrundsätze der Gerichte, etwa die der VwGO oder der ZPO, heranzuziehen sind 1).

Diese Frage wird sich insbesondere stellen, wenn eine GWB-Vorschrift betroffen ist, für die eine Vorschrift aus den Gerichtsverfahrensgesetzen Vorbild war, oder die ihr inhaltlich entspricht. Die Beantwortung dieser Frage erfordert die gleiche Zurückhaltung wie die bei der subsidiären Anwendung des BVwVfG.

Dies ergibt sich zusätzlich aus den unterschiedlichen Funktionen von Verwaltungs- und Gerichtstätigkeit, die eine Übertragung von Grundsätzen vom einen zum anderen Verfahren problematisch machen. Deshalb können die Grundsätze des Prozeßrechts ebenfalls nur restriktiv und nur dann berücksichtigt werden, wenn eine GWB-Vorschrift einer Prozeßverfahrensvorschrift inhaltlich voll entspricht. Die Berücksichtigung dieser Grundsätze hat dann nicht nur im Lichte des speziellen GWB-Verfahrens zu erfolgen 2), sondern muß auch die allgemeine Funktionentrennung zwischen Verwaltung und Gerichten in Rechnung stellen 3).

- 1) Hierzu ausf. und mwN Hertin, Die Beteiligten, S. 19 ff.; Junge, im GK, § 51, Rdnr. 2; Kull, JZ 1961, 681, 682 .
- 2) Ähnlich restriktiv Kull, JZ 1961, 681, 682.
- 3) Diesen Gesichtspunkt betont zu Recht auch Hertin, Die Beteiligten, S. 21.

II. Zulässigkeit der informellen
Verfahren (Frage des Ob)

Im Rahmen der rechtlichen Würdigung ist zunächst fraglich, ob das Bundeskartellamt eine informelle Handlungsebene überhaupt betreten darf, mit anderen Worten, ob ihm die gesamte Vorgehensweise 'Informeller Verfahren' rechtlich untersagt ist (Frage des Ob).

1. Positive Erfassung im geltenden Recht

Die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' könnte als besonderer Ausdruck einer allgemeinen kartellbehördlichen Betreuungs- und Fürsorgepflicht 1) gegenüber den Unternehmen nicht nur zulässig, sondern sogar geboten und damit Bestandteil des geltenden Rechts sein.

Eine Rechtspflicht zu informellen Verfahren ist aber abzulehnen. Das gilt selbst dann, wenn man eine Fürsorgepflicht der Behörden gegenüber dem Bürger im allgemeinen und des Bundeskartellamtes gegenüber Unternehmen im besonderen bejaht, was schon zweifelhaft ist 2). Gegenstand dieser Pflicht wäre es nämlich nur, die Unternehmen in den Stand zu setzen, das formelle Verfahren sachgemäß durchführen zu können 3). Es gibt aber keine Pflicht einer Behörde, gemeinsam mit den Unternehmen ein im Gesetz nicht vorgesehenes infor-

1) Dazu: Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 41, II, 3, S. 298 und III, § 156, IV, f. S. 339 f.; Leonhardt, in Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 25, Rdnr. 3; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahrenrecht, § 26, S. 110 ff.

2) Die Frage ist str. Ebenso str. ist der Umfang einer etwa bestehenden Fürsorgepflicht, Nachw. siehe Angaben in der vorangegangenen Fußn.

3) Eine solche Verfahrenshilfe bejaht insbes. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 156, IV, f. S. 339; vgl. zur Rspr. die Übersicht bei Meyer/Borgs, § 25, Rdnr. 15.

melles Verfahren durchzuführen. Die geltende Rechtsordnung kann nicht eine Pflicht für Behörden konstituieren, sich anderer Verfahren zu bedienen als derjenigen, die die Rechtsordnung für diese Behörden eigens eingerichtet hat. Verfahrenshilfe kann nicht die Pflicht zur Teilnahme an anderen als den vorgesehenen Verfahren bedeuten.

Man könnte die informellen Verfahren als Beratung eines Quasi-Antragstellers ansehen und deswegen dem Bundeskartellamt zwar keine Pflicht, aber ein Recht zur Beratung einräumen.

Es stünde dann im Ermessen des Bundeskartellamtes, ob es die Handlungsebene Informelle Verfahren betreten will 1).

Im Bundeskartellamt kommt es auch durchaus zu Beratungen 2). Insgesamt aber ist das, was informelle Verfahren beim Bundeskartellamt auszeichnet, vielschichtiger als das, was der Begriff Beratung bezeichnet. Deshalb läßt sich die Vorgehensweise Informelle Verfahren nicht im geltenden Recht unter der Rubrik einer behördlichen Beratung erfassen.

Informelle Verfahren könnten als Gewohnheitsrecht 3) Bestandteil des geltenden Rechts sein.

Immerhin gibt es sie als ständige Verwaltungspraxis seit Bestehen des Bundeskartellamtes. Das allein reicht aber zur Anerkennung eines Gewohnheitsrechts nicht aus 4). Die informellen Verfahren werden nicht

1) So Ule/Laubinger für Vorverhandlungen im Umweltrecht, Gutachten für Juristentag, S. B 28; auch S. B 75f.

2) S. oben § 4, I, 2, b, cc und § 5, III, 3, e.

3) Zum Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des Verwaltungsrechts, Forsthoff, VerwR, S. 144ff. und Ossenhühl, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 103 ff., jeweils mwN.

4) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 25, III, a, S. 125.

allgemein als rechtmäßig angesehen 1). Und es fehlt vor allem an einer ausdrücklichen Anerkennung durch die Gerichte, ohne die es kein Gewohnheitsrecht gibt 2). Von einem Gewohnheitsrecht kann daher nicht gesprochen werden. Informelle Verfahren sind auch im ungeschriebenen geltenden Recht nicht positiv erfaßt.

2. Zulässigkeit ohne spezielle
Rechtsgrundlage

Ebensowenig wie eine ausdrückliche positive Erfassung informeller Verfahren gibt es eine Vorschrift, die ausdrücklich regelt, daß sie unzulässig wären. Daraus kann aber nicht ohne weiteres auf die Zulässigkeit dieser kartellbehördlichen Verfahrensweise geschlossen werden. Denn das Bundeskartellamt darf nichts tun, was geltendem Recht widerspricht, auch ohne daß ein ausdrücklich normiertes Verbot informeller Verfahren bestehen müßte. Das folgt aus dem - hier negativ angewandten - Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gemäß Art. 20 Absatz 3 GG.

Zu fragen ist demnach, ob es Rechtssätze gibt, die die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' ausschließen.

- 1) Vgl. nur dazu kritisch Reich, ZRP 1971, 234, 237 und vor allem Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1892, Tz. 697 f.
- 2) Rütters, Auslegung, S. 464; Esser, in FS Hippel, S. 95, 124 ff.; Kirchof, Rechtsquellen, S. 50, 92. Kritisch Ossenbühl, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 106.

a) Pflicht zum formellen Verfahren

Die Vorgehensweise Informelle Verfahren könnte unzulässig sein, falls das Bundeskartellamt gemäß § 51 Abs. 1 GWB die Pflicht hätte, ein formelles Verfahren einzuleiten, wenn Unternehmen an das Bundeskartellamt mit der Bitte um ein informelles Verfahren herantreten.

Eine Pflicht zur Einleitung eines Verfahrens von Amts wegen besteht aber nur insoweit, als materiellrechtliche GWB-Bestimmungen dies zwingend vorschreiben 1). Das ist bei der Fusionskontrolle nicht der Fall. Und in anderen Fällen steht die Einleitung eines Amtsverfahrens grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde (Opportunitätsprinzip) 2).

Dennoch hat das Kartellamt bei der Einleitung eines formellen Verfahrens im Zusammenhang mit der Zusammenschlußkontrolle ausnahmsweise kein Ermessen 3). Das könnte sich auf die informellen Verfahren auswirken. Die Untersagung als Abschluß des formellen Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB ist kein Ermessensakt. Stünde die Verfahrenseinleitung aber im Ermessen des Bundeskartellamtes, so könnte damit die -----

1) Junge, im GK, 2. Aufl., § 51, Rdnr. 4.

2) Ganz hM: v. Gamm, § 51, Rdnr. 6; Commichau/Schwartz, Grundzüge, § 117; einschränkend K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 51, Rdnr. 7ff.

3) Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 146.

Gebundenheit der materiellen Entscheidung, die am Abschluß des Verfahrens steht, unterlaufen werden. § 51 Abs. 1 in Verbindung mit § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB regelt also durchaus eine Pflicht zur Einleitung eines formellen Verfahrens.

Diese kann frühestens dann einsetzen, wenn das Bundeskartellamt ein formelles Verfahren auch einleiten darf. Zu dem Zeitpunkt aber, zu dem die Unternehmen ihr Zusammenschlußprojekt dem Bundeskartellamt informell vortragen, darf das Bundeskartellamt ein formelles Prüfungsverfahren nicht einleiten.

Denn eine Anmeldung oder eine Anzeige im Sinne von § 24 a Abs. 1, § 23 Abs. 1 GWB liegen zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor. Sie setzen einen entsprechenden Handlungswillen voraus 1), der auf das formelle Verfahren gerichtet ist. Daran fehlt es, wenn die Unternehmen dem Bundeskartellamt ihr Zusammenschlußprojekt informell unterbreiten. Ihr Handlungswille geht im Gegenteil gerade dahin, ein formelles Verfahren vorläufig zu vermeiden.

Es liegt auch nicht der Fall vor, daß dem Bundeskartellamt mit dem Beginn des informellen Verfahrens das Vorhaben des Zusammenschlusses auf sonstige Weise bekannt geworden ist, § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB. Zwar könnte der Wortlaut dieser Vorschrift erfüllt sein,

1) KG WuW/E OLG 2093, 2098 "bituminöses Mischgut" für die Anzeige, und KG, Die AG 1980, 255, 256 "Springer/Münchener Zeitungsverlag" für die Anmeldung (insoweit nicht abgedruckt in KG WuW/E OLG 2228).

wenn das Zusammenschlußprojekt konkret genug ist, um ein Vorhaben im Sinne des GWB 1) zu sein. Aber die Gesetzessystematik und der Sinn und Zweck des § 24a Abs. 2 Satz 1 GWB weisen in eine andere Richtung. Diese Vorschrift behandelt Untersagungsfristen und hat die Aufgabe, den frühesten Zeitpunkt festzulegen, zu dem das Bundeskartellamt verbindlich eine Entscheidung über den Zusammenschluß fällen kann 2). Darüber hinaus soll sie sicherstellen, daß das Bundeskartellamt einen Zusammenschluß auch untersagen kann, wenn sich die Unternehmen der behördlichen Kontrolle entziehen wollen. Im informellen Verfahren ist es aber genau umgekehrt. Die Unternehmen entziehen sich nicht, sie kommen von sich aus, um sich - informell - einer Art behördlicher Tendenz-Kontrolle zu unterziehen. Das ist nicht der Fall des § 24 a Abs. 2 Satz 1 GWB, der dem Bundeskartellamt das Recht gäbe, ein formelles Verfahren daraufhin einzuleiten. Ein formelles Verfahren, gestützt auf § 24a Abs. 2 Satz 1 GWB, kann vielmehr erst dann eingeleitet werden, wenn die Unternehmen ihren Zusammenschluß nach dem informellen Verfahren weiterbetreiben, ohne der formellen Anmeldepflicht zu genügen, so wie sie das Bundeskartellamt sieht.

- 1) Der Begriff des Vorhabens ist in § 24 und § 24 a GWB identisch, Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 155. Ausf. zu den Kriterien, ab wann man von einem Vorhaben sprechen kann: Kleinmann/Becht old, § 24, Rdnr. 115; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24 a, Rdnr. 2 ff.
- 2) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24 a, Rdnr. 2.

Die Kenntnisnahme von einem Projekt im informellen Verfahren darf für das Bundeskartellamt kein Anlaß sein, ein formelles Verfahren einzuleiten. Noch viel weniger gibt es eine Pflicht des Bundeskartellamtes dazu.

b) Formenmißbrauch; Gesetzesumgehung

Die Vorgehensweise Informelles Verfahren könnte als Formenmißbrauch einzustufen und deshalb unzulässig sein. Mit diesem Begriff werden die unterschiedlichsten Erscheinungsformen des Zivil- und des öffentlichen Rechts erfaßt 1), die jeweils nach eigenen, unterschiedlichen Regeln zu behandeln sind.

In den meisten der unter diesem Überbegriff erläuterten Fälle besteht das Problem darin, daß anstelle einer Form eine andere gewählt wird. Die Frage der Zulässigkeit der Vorgehensweise Informelle Verfahren ist dagegen, ob das Bundeskartellamt anstelle der gesetzlich vorgesehenen Form oder ergänzend zu ihr die Formlosigkeit wählen darf 2).

Insgesamt ist der Begriff des Formenmißbrauchs für eine rechtliche Würdigung im hier gegebenen Zusammenhang zu wenig konkret und deshalb ungeeignet 3).

1) Pestalozza, Formenmißbrauch, S. 9, 21 ff. mwN.

2) Ähnlich Bohne, Informaler Rechtsstaat, S.130 f.

3) So ist es auch mit dem Begriff "Unterlaufen normativer Vorgaben" von Hoffmann-Riem, in Selbstbindungen, VVDStRL 40, S. 187, 204 ff., von dem nicht ganz klar ist, ob er als Kriterium für rechtliche oder politische Bedenken gedacht ist (s. aaO., S. 203).

Entsprechendes gilt für die Frage, ob informelle Verfahren allgemein als Gesetzesumgehend unzulässig sind. Auch der Begriff der Gesetzesumgehung stellt kein eigenes Rechtsinstitut mit besonderen festgeschriebenen Kriterien dar, anhand derer eine rechtliche Würdigung eigenständig möglich wäre. Der Problembereich einer Gesetzesumgehung deckt sich vielmehr mit dem von Gesetzesauslegung und Analogie 1).

Begrifflich einprägsame Überschriften können die Suche nach und die Anwendung von konkreten Rechtsnormen oder anerkannten Rechtsgrundsätzen zur Lösung von Rechtsfragen nicht ersetzen.

c) Gleichbehandlungsgebot

Die informelle Vorgehensweise des Bundeskartellamtes könnte gegen den in Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz niedergelegten Grundsatz der Rechtsanwendungsgleichheit 2) verstoßen und deshalb unzulässig sein.

Die Gleichbehandlungsproblematik liegt dabei in der Frage des gleichen Zugangs zur informellen Handlungsebene. Wenn die ständige Praxis und der Charakter der informellen Verfahren auswies, daß ohne einen sachlich einleuchtenden Grund 3) nur eine bestimmte Gruppe von Unternehmen an diesen Verfahren beteiligt

1) Teichmann, Gesetzesumgehung, S. 105.

2) Terminologie und Systematik nach Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 33, VI, b, S. 239.

3) Nur bei Fehlen eines solchen Grundes ist Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. StRspr. des BVerfG seit BVerfGE 1, 14, 52; s. z. B. 18, 38, 46; 20, 31, 33; 21, 6, 9; 33, 367, 384.

sein können oder diese typischerweise bevorzugt oder benachteiligt würden, dann läge möglicherweise eine rechtswidrige Ungleichbehandlung vor.

Daran ist deswegen zu denken, weil es wirtschaftlich, politisch oder sonstwie sozial einflußreichen Akteuren möglicherweise leichter fällt, die für sie wichtigen Angelegenheiten außerhalb rechtlich geregelter Verfahren mit Vertretern der Behördenleitung zu erörtern 1). Beispielsweise großen Unternehmen könnte zu ihren Gunsten, aber auch zu ihrem Nachteil 2) mehr Beachtung geschenkt werden als den kleinen 3). Solche Differenzierungen im Zugang zur informellen Handlungsebene allein wegen des sozialen Status oder der Größe eines Unternehmens wären sach- und deshalb gleichheitswidrig.

Letztlich können diese Bedenken aber nicht überzeugen.

Es ist zwar einzuräumen, daß die wirtschaftliche Größe eines Unternehmens im gesamten Bereich des allgemeinen Wirtschaftsrechts dazu führt, daß diese Unternehmen in jeder Hinsicht durch die Öffentlichkeit und durch die zuständigen Behörden besonders beobachtet und behandelt werden. Daraus allein ist aber rechtlich noch nicht viel zu folgern.

Im Bereich des GWB im besonderen gilt zudem noch folgendes: Soweit die Fusionskontrollverfahren betroffen sind, ist zu berücksichtigen, daß von der Fusionskontrolle ohnehin nur große und solche Unternehmen erfaßt werden, die bereits einen Markt beherrschen

1) Böhne, Informaler Rechtsstaat, S. 227.

2) Rittner, WuW 1969, 69, 74.

3) Krafft, Fusionskontrolle, S. 194 f.

oder dabei sind, dies zu erreichen. Es muß nicht sachwidrig sein, wenn einzelne wichtige Fälle im Hinblick auf ihre gesamtwirtschaftliche Bedeutung durch eine Behörde nicht schematisiert, sondern individuell und fallbezogen behandelt werden 1). Die Größe eines Unternehmens kann deshalb im Wirtschaftsrecht - mindestens im Verfahren - durchaus Anknüpfungspunkt für eine sachlich einleuchtende Differenzierung sein.

Hinzu kommt, daß sich das Bundeskartellamt in besonderer Weise bemüht, gerade im mittelständischen Bereich auf sich und seine Handlungsweisen einschließlich der informellen Verfahren hinzuweisen 2). Teilweise werden die informellen Verfahren schriftlich allen Interessierten angeboten 3). Schließlich weisen auch die jeweils einschlägigen Verbände ihre Mitgliedsunternehmen darauf hin, daß man an das Bundeskartellamt auch informell herantreten kann. Eine durch die Struktur der informellen Verfahren bedingte sachwidrige Sonderstellung großer Unternehmen beim Bundeskartellamt entspricht daher nicht der Verwaltungspraxis. Ein Verstoß gegen Artikel 3 Abs. 1 Grundgesetz ist deshalb nicht mit den informellen Verfahren verbunden.

- 1) Isensee, Typisierende Verwaltung, S. 188 ff., 190; sehr weitgehend Krafft, Fusionskontrolle, S. 195 f.
- 2) Alle Interviewpartner bestätigten das. Aus allen Gesetzesmaterialien und TB'en des BKartA geht dieses Anliegen hervor.
- 3) Z. B. bei Konditionenempfehlungen, oben § 4, I, 6, b.

d) Grundsatz der Förmlichkeit des
Kartellverfahrens und seine
Ausstrahlungswirkungen

Die informellen Verfahren könnten unzulässig sein, wenn sie dem in den §§ 51 bis 58 GWB zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Förmlichkeit des Kartellverfahrens widersprächen.

In der Tat ist Förmlichkeit das Charakteristikum des Kartellverfahrens nach den §§ 51 ff. GWB 1). Die Verfahrensvorschriften erfassen zwar nicht alle denkbaren Verfahrenssituationen, sie regeln aber viele Details bis ins einzelne. Vor allem enthalten sie Anleihen aus dem - gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsverfahren strengeren - Prozeßrecht 2). Diese Förmlichkeit ist der Ausgleich für weitgehende Rechte der Kartellbehörden im Verfahren

- 1) Begriff v. K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 456;
die meisten Kommentatoren und die Rspr. sprechen von Justizförmlichkeit: FK, Vorbem. §§ 51 - 80, Rdnr. 3; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 51, Rdnr. 1; v. Gamm, § 51, Rdnr. 5; Westrick-Loewenheim, Vor §§ 51 - 96, Rdnr. 1 und § 51, Rdnr. 5; Ebel, § 51, Rdnr. 1; s. auch Rittner, Kartellrecht, § 14, II, 1 a, S. 321; WuW/E BGH 680, 684 "Linole um III"; KG WuW/E OLG 346, 347. Bereits während der GWB-Beratungen war von "Justizförmlichkeit" die Rede, Generalbericht des Abg. Hellwig zum GWB-Entw., BT Drucks. II/3644, S. 34.
- 2) S. oben § 6, 1, 2. So erklärt sich auch der Begriff "Justiz"-Förmlichkeit.

und für die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe des materiellen GWB-Rechts; Förmlichkeit soll dementsprechend Rechtsschutz und Rechtssicherheit verwirklichen helfen 1).

Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes durch informelle Verfahren könnte nun diesem gesetzlich in den §§ 51 ff. GWB niedergelegten Bestreben nach besonderer Sicherung des Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit zuwiderlaufen und insofern dem geltenden Recht widersprechen.

Unmittelbar ist der Grundsatz der Förmlichkeit des Verwaltungsverfahrens gemäß §§ 51 ff. GWB auf die informellen Verfahren allerdings gar nicht anwendbar. Denn ein formelles Verfahren mit all seinen Garantien besteht gerade noch nicht.

Der Schutz der Förmlichkeit beginnt erst mit der Einleitung eines formellen Verfahrens. Zu der zeitlich vorgelagerten informellen Verfahrensphase können die §§ 51 ff. GWB also unmittelbar nichts hergeben.

Allerdings darf der Grundsatz der Förmlichkeit des (formellen) Kartellverfahrens nicht dadurch zur leeren Hülle verkommen, daß er wegen des informellen Verfahrens in seiner Bedeutung auf eine nachträgliche, eher notarielle Beglaubigung des schon feststehenden Ergebnisses schrumpft. Mit dieser eingeschränkten Bedeutung könnte er nämlich seine vorgesehene Ausgleichsfunktion gegenüber weitgehenden Rechten der Kartellbehörden 2) nicht

1) K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 454.

2) S. oben § 6, II, 2, d.

erfüllen. Die in den §§ 51 ff. GWB enthaltenen Elemente von Rechtsschutz und Rechtssicherheit 1) sind in ihrer Geltung nicht auf bestimmte Phasen des Verhaltens der Kartellbehörden beschränkt. Sie sollen die Unternehmen gegenüber den Behörden vielmehr umfassend vor schutzloser Willkür bewahren.

Die §§ 51 ff. GWB sind deshalb zwar im informellen Verfahren nicht unmittelbar anwendbar, aber insoweit in ihnen das Bestreben nach Rechtsschutz niedergelegt ist, strahlen sie "über sich hinaus" auch auf die informellen Verfahren aus 2).

Aus dem Grundsatz der Förmlichkeit des Kartellverfahrens folgt deshalb nicht die generelle Unzulässigkeit der informellen Verfahren, aber eine Zulässigkeitsgrenze, die durch das Bestreben nach Rechtsschutz und Rechtssicherheit markiert ist. Diese Zulässigkeitsgrenze kann genau nur bestimmt werden durch eine Harmonisierung des Grundsatzes der Förmlichkeit des Kartellverfahrens mit anderen Grundsätzen des GWB und deren Ausstrahlungen auf die Zulässigkeit der Vorgehensweise des Bundeskartellamtes durch informelle Verfahren.

aa) Möglichkeiten flexibler Vorgehensweisen im Rahmen des GWB

- Gemäß § 24 a Abs. 2 und Abs. 4 Satz letzter Halbsatz GWB kann das Bundeskartellamt auf Anmeldungen so reagieren, daß den Unternehmen der

1) S. oben § 6, II, 2, d.

2) Ähnlich im Ergebnis K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 2; ders., WuW 1980, 577, 588; vgl. auch v. Köhler, VerwArch 1963, 262, 277.

Vollzug eines Zusammenschlusses schnell möglich wird, falls keine fusionsrechtlichen Bedenken bestehen. In diesem Zusammenhang spricht eine Weisung des Bundesministers für Wirtschaft - angeregt durch den wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages - von der Förderung einer flexiblen Handhabung 1). Dies zeigt, daß dem GWB ein Eingehen auf die Bedürfnisse der Wirtschaft nach flexiblem und schnellem Verwaltungshandeln nicht fremd ist.

- Außerhalb der Fusionskontrolle regeln die §§ 17 Abs. 2, 22 Abs. 5 Satz 2, 38 a Abs. 5 GWB eine Pflicht des Bundeskartellamtes, vor einer Verfügung die Unternehmen aufzufordern, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen. Diese Bestimmungen sind nicht als Teil eines gestreckten Vollstreckungsverfahrens ähnlich dem allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsrecht anzusehen. Sie sollen dem Bundeskartellamt und den Unternehmen vielmehr die Möglichkeit schaffen, ein gesetzwidriges Verhalten vorab ohne große Förmlichkeiten abzustellen 2). Das GWB selbst schafft hier ein Modell, das dem Bundeskartellamt vorschreibt, von sich aus auf die Unternehmen zuzugehen und sie vorab aufzufordern, etwas zu tun oder zu unterlassen. (Grund-

-
- 1) Zitiert bei Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24 a, Rdnr. 35 f. mit Nachweis auch auf die Äußerung des wirtschaftspolitischen Ausschusses.
 - 2) Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses zum GWB-Entw., BT Drucks. II/3644, S. 22; Emmerich, in Immenga/Mestmäcker, § 17, Rdnr. 92. Diese Bestimmungen sind prompt zum Anlaß für einen Streit darüber geworden, ob eine Abmahnung zum formellen Verfahren gehört, ein solches einleitet oder vor einem formellen Verfahren stattfindet.

satz: erst hinweisen, dann verfügen).

Bei den informellen Verfahren ist es umgekehrt: Hier gehen die Unternehmen auf das Bundeskartellamt zu und fordern es auf, zu einem unternehmerischen Verhalten vorab eine Tendenzaussage abzugeben (Grundsatz: erst hingewiesen werden, dann ggffls.

einer Verfügung ausgesetzt sein). Es ist kein Grund erkennbar, warum das eine Vorgehen vorgeschrieben, das andere aber nicht mindestens erlaubt sein sollte.

- Rechtsprechung und herrschende Lehre haben die sogenannte Zusagenpraxis grundsätzlich anerkannt 1). Damit ist eine informelle Ergänzung in einem formellen Verfahren trotz des Grundsatzes der Förmlichkeit gemäß §§ 51 ff. GWB bereits als zulässig angesehen worden.
- Schließlich spielt hier die gesetzgeberische Präferenz zugunsten der informellen Verfahren 2) eine Rolle: Die formellen Verfahren bleiben dadurch in ihrer Förmlichkeit ebenso unangetastet wie das materielle Recht. Die positive Einstellung des Gesetzgebers zu flexiblem Verhalten des Bundeskartellamts bezieht sich aber auf das Vorgehen der Verwaltungstätigkeit des Bundeskartellamtes im übrigen. Sie begrenzt die Ausstrahlung der §§ 51 ff. GWB auf das informelle Vorgehen.

1) S. oben § 5, II.

2) Zur Begründung und zu den Einzelheiten s. oben § 6, I, 3, a.

Eine Gesamtschau dieser einzelnen Bestandteile und Anwendungsmaßstäbe des geltenden Kartellrechts ergibt, daß außerhalb und sogar innerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens ein Vorgehen des Bundeskartellamtes in einer flexiblen und gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehenen Weise zum Teil gesetzlich vorgeschrieben, zum Teil als Verwaltungspraxis anerkannt und vom Gesetzgeber begrüßt worden ist.

bb) Harmonisierung des Grundsatzes der
Förmlichkeit mit den Möglichkeiten
flexiblen Vorgehens im Rahmen des GWB

Die Harmonisierung des Grundsatzes der Förmlichkeit der Kartellverfahren und seiner Ausstrahlung auf das informelle Vorgehen des Bundeskartellamtes mit den Grundsätzen, die ein flexibles Vorgehen des Bundeskartellamtes vorschreiben oder mindestens befürwortend anerkennen, ergibt folgendes: Das Vorgehen des Bundeskartellamtes durch informelle Verfahren ist zulässig. Eine strikt einzuhaltende Grenze für die Zulässigkeit der Handlungsform Informelle Verfahren bilden aber die Garantien des Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit, die in den §§ 51 ff. GWB zugunsten der betroffenen Unternehmen niedergelegt sind. Sie dürfen nicht durch informelle Verfahren inhaltsleer und damit gegenstandslos gemacht werden.

Ob und wann diese Zulässigkeitsgrenze überschritten wird, hängt davon ab, welche Rechtswirkungen die Inhalte informeller Verfahren im einzelnen haben: Wenn diese Inhalte Rechtsschutz und Rechtssicherheit für die Betroffenen rechtswidrig beeinträchtigen, dann

steht insoweit zugleich auch die Unzulässigkeit der Vorgehensweise als solcher fest.

Sind dagegen Inhalte informeller Verfahren aus Gründen unzulässig, die mit dem Gedanken von Rechtsschutz und Rechtssicherheit nichts zu tun haben, so bleibt die informelle Handlungsebene als solche dennoch zulässig.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Die Vorgehensweise des Bundeskartellamtes durch informelle Verfahren ist zulässig, wenn und insoweit die Inhalte informeller Verfahren den in den §§ 51 ff. GWB niedergelegten Schutz von Rechtsschutz und Rechtssicherheit für die Betroffenen nicht beeinträchtigen.

III. Rechtmäßigkeit der Inhalte informeller Verfahren (Frage des Wie)

Das Bundeskartellamt darf also im Grundsatz informell vorgehen (Frage des Ob).

Damit ist aber noch nicht über die Rechtmäßigkeit der Inhalte informeller Verfahren entschieden (Frage des Wie).

Bildlich gesprochen: Wer die Handlungsebene 'Informelle Verfahren' wie einen gefrorenen See betreten darf, weiß damit noch nicht, welchen Weg er gehen darf und welcher ihm versperrt ist, was er tun darf und lassen muß, wenn er nicht einbrechen will.

Zu prüfen ist daher, ob und in welchen Grenzen die Inhalte informeller Verfahren mit dem geltenden Recht in Einklang stehen.

1. Einordnung der Ergebnisse informeller Verfahren in das System kartellbehördlicher Handlungsformen

Ziel eines jeden Verfahrens ist ein Ergebnis. Im Verwaltungsverfahren werden die Rechte und die Pflichten der an einem Verfahren Beteiligten, wird - allgemeiner gesagt - das auf ein Verfahren anzuwendende Recht durch die Rechtsnatur des angestrebten Verfahrensergebnisses bestimmt 1).

Es wird gewissermaßen das Pferd von hinten aufgezäumt: Wenn feststeht, welche Handlung am Ende des Verfahrens stehen soll, dann steht damit fest, welchen rechtlichen Anforderungen das vorangehende Verfahren zu genügen hat 2).

Da das Kartellverfahren ein Verwaltungsverfahren ist, macht es insoweit keine Ausnahme.

Um die Rechtmäßigkeit der Inhalte der informellen Verfahren de lege lata prüfen zu können, bedarf es daher einer Einordnung ihrer Ergebnisse in das geltende System denkbarer kartellbehördlicher Handlungsformen.

Darüber hinaus erfüllt diese Einordnung einen eigenständigen Zweck dahingehend, einen bisher nicht untersuchten Sachverhalt in die geltende Rechtsdogmatik einzugliedern.

- 1) Das beste Beispiel dafür ist § 9 BVwVfG. S. auch Meyer/Borgs, § 35, Rdnr. 12; Clausen, in Knack, § 9, Rdnr. 3.3. sowie die Unterteilung und deren Folgen bei Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 156, I, b, d, S. 321 f., 322 f.
- 2) Daß dennoch bestimmte elementare Verfahrensrechte unabhängig von der dogmatischen Qualifizierung des Verfahrensergebnisses gewahrt werden müssen, ist damit nicht ausgeschlossen. Vgl. Pietzcker, VVDStRL 41 (1983), S. 193, 214 f. mwN und Hoffmann-Riem, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 224.

a) Verfügung im Sinne von § 57 GWB

Die Ergebnisse informeller Verfahren könnten als kartellbehördliche Verfügungen im Sinne von § 57 GWB einzustufen sein.

Dabei handelt es sich um die am strengsten geregelte Handlungsform des Bundeskartellamtes.

§ 57 GWB definiert von den Voraussetzungen her nicht, was eine Verfügung der Kartellbehörde ist. Es besteht aber Einigkeit darüber, daß sich der Begriff der Verfügung im Sinne von § 57 GWB mit dem des Verwaltungsaktes deckt 1). Eine Verfügung im Sinne von § 57 GWB ist demnach eine Maßnahme, die die Kartellbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des Kartellverwaltungsrechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

aa) Negative Tendenzaussage

Die negative Tendenzaussage am Ende eines informellen Verfahrens könnte in diesem Sinne Verfügung sein. Die Untersagung am Ende eines informellen Verfahrens gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB ist eine solche Verfügung.

Der Gedanke, daß schon die negative Tendenzaussage Verfügungscharakter haben könnte, beruht auf der Erwägung, daß in vielen Fällen bereits

1) WuW/E BGH 1161, 1163 ff. "Feuerfeste Steine"; KG WuW/E OLG 1515, 1517 f. "Sicherheitsglas"; K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 57, Rdnr. 2; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 62, Rdnr. 9; FK, § 57, Tz. 3; Junge, im GK, § 57, Rdnr. 1; Müller/Gießler/Scholz, § 57, Rdnr. 2.

die negative Tendenzaussage ein Zusammenschlußprojekt verhindert 1). Diese Wirkung einer negativen Tendenzaussage könnte erlauben, sie ebenso wie die (förmliche) Untersagung als Verfügung anzusehen und einzustufen.

Daß die negative Tendenzaussage eine Einzelfallmaßnahme einer Kartellbehörde ist, die auf dem Gebiet des Kartellverwaltungsrechts mit Außenwirkung ergeht, bedarf keiner näheren Begründung. Zweifelhaft ist allein, ob sie eine Regelung, die auf unmittelbare Rechtswirkung gerichtet ist, enthält. Maßgebend dafür ist, ob mit der negativen Tendenzaussage ein Sachverhalt verbindlich gestaltet wird 2), ob autoritativ Rechtsfolgen für den Adressaten der Erklärung festgelegt werden 3). Mit noch anderen Worten: Das Merkmal der Regelung ist nur erfüllt, wenn sich für den Adressaten eine unmittelbare Veränderung seines Rechts ergibt 4). Bei bloßen Mitteilungen 5), Auskünften 6), Meinungsäußerungen 7), Belehrungen 8) und Hinweisen 9) fehlt

1) S. oben § 5, III, 4, c.

2) Stelkens, in ders./Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 35, Rdnr. 76.

3) Meyer/Borgs, VwVfG, § 35, Rdnr. 39.

4) KG WuW/E OLG 1515, 1517 "Sicherheitsglas".

5) K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 57, Rdnr. 7; Junge, im GK, § 57, Rdnr. 1; zu Mitteilungen, die - in VA-Form - einen VA erst ankündigen: Schenke, VerwArch 1981, 185, 194; Kramer; JuS 1973, 484, 485.

6) Schwarze, in Knack, § 35, Rdnr. 4.5.5.

7) Hinz, im GK, § 62, Rdnr. 9.

8) Müller/Gießler/Scholz, § 57, Rdnr. 4.

9) Zum Hinweis auf Verfahrenspflichten: K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 57, Rdnr. 7; Meyer/Borgs, VwVfG, § 35, Rdnr. 40. Zu Hinweisen allg.: Kopp, § 35, Rdnr. 32 und Krause, Rechtsformen, S. 331 ff. je mwN.

es dagegen in der Regel wegen der mangelnden rechtlichen Verbindlichkeit am Regelungscharakter. Sie sind keine Verwaltungsakte.

Die Abgrenzung zwischen einer Regelung und den zuletzt genannten Maßnahmen ist aber nicht anhand von Begriffen möglich. Nicht, weil die negative Tendenz-erklärung eine Mitteilung oder ein Hinweis ist, ist sie keine Verfügung.

Ausschlaggebend für die Abgrenzung einer Regelung mit unmittelbarer Rechtswirkung von einer Nichtregelung ist vielmehr eine Auslegung 1) des Inhalts der kartellbehördlichen Maßnahmen. Fraglich ist also, ob die Unternehmen den Erklärungsgehalt 2) der negativen Tendenzaussage unter Berücksichtigung aller ihnen bekannten oder erkennbaren Umstände bei objektivierter Auslegung 3) als eine unmittelbar gestaltende Veränderung ihrer Rechte verstehen dürfen oder müssen. Diese Frage ist zu verneinen.

Was sich durch eine negative Tendenzaussage für die Unternehmen verändert, ist die Vorstellung von den Erfolgsaussichten für ihr Zusammenschlußprojekt. Rechtlich bleibt es vor und nach einer negativen Tendenzaussage dabei, daß bei anmeldepflichtigen Zusammenschlußvorhaben ohne ein formelles Verfahren der Zusammenschluß nicht vollzogen werden darf, § 24 a Abs. 4 GWB. Bei lediglich anzeigepflichtigen

1) Krause, Rechtsformen, S 97 ff., 189 ff.; Meyer/Borgs, VwVfG, § 35, Rdnr. 42.

2) Erichsen/Martens, in dies.: AllgVerwR, S. 168.

3) Kopp, § 35, Rdnr. 6 und Meyer/Borgs, VwVfG, § 35, Rdnr. 42; Krause, Rechtsformen, S. 98 f., 190 f.

Fällen können die Unternehmen rechtlich nach einer negativen Tendenzaussage ihren geplanten Zusammenschluß sogar vollziehen und den Vollzug gemäß § 23 GWB anzeigen. Angesichts der gesamten geschilderten Umstände der informellen Verfahren geht weder der wirkliche Wille der Beamten des Bundeskartellamtes dahin, das Zusammenschlußprojekt bereits in informellen Verfahren zu untersagen, noch können die Unternehmensvertreter eine negative Tendenzaussage so auffassen. Allen Beteiligten ist klar, daß die Rechtsprobleme erst in Zukunft entschieden werden, falls die Unternehmen überhaupt das formelle Verfahren betreiben wollen oder müssen.

Die negative Tendenzaussage gibt - für die Unternehmen erkennbar - nur die Richtung an, in die - zukünftig - eine gestaltende Veränderung ihrer Rechte eintreten wird oder kann.

Etwas anders könnte sich die Lage nur dann darstellen, wenn - etwa bei Sanierungsfällen - die negative Tendenzerklärung die unbestrittene tatsächliche Wirkung hat, daß sich das Zusammenschlußprojekt wirtschaftlich nicht mehr lohnt 1). In diesen Fällen gibt es eine die Umstände verändernde, ja manchmal eine wirtschaftlich endgültige Wirkung durch eine negative Tendenzaussage.

Auch in diesen Fällen fehlt es aber im Ergebnis am Regelungscharakter der negativen Tendenzaussage. Denn es bleibt dabei, daß sich die Lage der Unternehmen rechtlich nicht verändert. Die spürbare Veränderung ihrer Lage liegt im Tatsächlichen. Sie liegt vor allem zusätzlich in Umständen, die auf der Seite der Unternehmen ihre Ursache haben. Bei einer Verfügung muß aber die rechtliche Wirkung von dem behördlichen Akt selbst ausgehen 2).

1) S. oben § 5, III, 4, c.

2) KG WuW/E OLG 1515, 1517 "Sicherheitsglas".

Die Wirkungen einer negativen Tendenzaussage sind also nicht verbindliche Rechtsfolgenanordnungen 1). Sie verändern nicht unmittelbar die Rechte desjenigen, der nach einer negativen Tendenzaussage allenfalls tatsächlich wirtschaftlich schlechter steht als vorher.

Negative Tendenzaussagen sind keine Verfügungen im Sinne von § 57 GWB.

Damit ist keineswegs entschieden, daß negative Tendenzaussagen mit ihren Wirkungen im System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen keinen Platz finden 2). Der Begriff der Verfügung (= Verwaltungsakt) ist allerdings ungeeignet, faktische Wirkungen (kartell-)verwaltungsrechtsdogmatisch zu bändigen.

bb) Positive Tendenzaussage

Die positive Tendenzaussage als Ergebnis eines informellen Verfahrens ist ebenfalls keine Verfügung im Sinne von § 57 GWB.

Denn anders als die Untersagung ist schon die oft mißverständlich sogenannte "Genehmigung" eines Zusammenschlusses am Ende eines formellen Verfahrens keine Verfügung 3).

1) Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 200 f. spricht von "faktischer Programmierungswirkung", die er dem rechtlichen Regelungsgehalt einer formellen Entscheidung gegenüberstellt.

2) Vgl. Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 223, der die Aufgabe formuliert, faktische Bindungen in die Dogmatik des Verwaltungsrechts einzubauen; vgl. auch Pietzcker, NJW 1981, 2087, 2088.

3) S. oben § 5, I, 3.

Wenn aber sogar die Maßnahme am Ende eines formellen Verfahrens keinen Verfügungscharakter hat, dann gilt dies erst recht für die Maßnahme, die am Ende eines entsprechenden informellen Verfahrens steht. Sie kann zwar rechtliche Wirkungen auf das folgende formelle Verfahren entfalten, aber sie kann als Bezugsmaßnahme nicht etwas verbindlich regeln, was selbst im formellen Verfahren durch die Maßnahme, auf die sie bezogen ist, nicht verbindlich geregelt wird.

b) öffentlich-rechtlicher Vertrag

Die Ergebnisse informeller Verfahren könnten, wenn nicht als Verfügung, so doch als öffentlich-rechtliche Verträge einzustufen sein und dementsprechend zu behandeln sein.

Dafür könnte sprechen, daß die sogenannten verbotsabwendenden Zusagen in der Fusionskontrolle als öffentlich-rechtliche Verträge behandelt werden 1).

Und diese Zusagen sind hier als informelle Ergänzung des formellen Verfahrens bezeichnet worden 2). Ein Teil der Literatur, die sich mit den informellen Verfahren beschäftigt, geht ausdrücklich oder konkludent von einem Einvernehmen zwischen dem Bundeskartellamt und den Unternehmen aus 3).

1) S. Nachweise oben § 5, II; ganz hM; aA Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 186, der eine Qualifizierung als behördliche Zusicherung vorschlägt.

2) S. oben § 5, II.

3) Windbichler, Informelles Verfahren, S. 9, 10, 40; Ebel, NJW 1973, 1665, 1667; insbes. Krafft, Fusionskontrolle, S. 184 ff., 189 ff., 196 ff..

Dem kann jedoch nach der Schilderung des informellen Verfahrens bei der Fusionskontrolle nicht ohne weiteres gefolgt werden. Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag setzt übereinstimmende Willenserklärungen voraus. Das Element der Einigung mindestens zweier Seiten ist für jeden Vertrag konstitutiv 1). Außerdem bedarf es eines rechtlichen Bindungswillens beider Seiten. Im Hinblick darauf, ob die Ergebnisse informeller Verfahren in diesem Sinne Vertragscharakter haben, muß deshalb differenziert werden.

aa) Tendenzaussagen

Die negativen und positiven Tendenzaussagen sind nicht Inhalt einer Einigung.

Das liegt bei der negativen Tendenzaussage auf der Hand. Hier erklärt das Bundeskartellamt gegen den Willen der Unternehmen, daß im späteren formellen Verfahren eine Untersagung in Betracht kommt.

Auch bei der positiven Tendenzaussage dominiert die Einseitigkeit der Maßnahme des Bundeskartellamtes. Die Unternehmen einigen sich nicht mit dem Bundeskartellamt darauf, daß das Bundeskartellamt im folgenden formellen Verfahren eine Untersagung unterläßt. Sie fragen beim Bundeskartellamt vielmehr nach einer vorläufigen fusionsrechtlichen Beurteilung. Das Bundeskartellamt gibt dann von sich aus seine positive Tendenzaussage ab. Die Zustimmung der Unternehmen zu dieser Erklärung führt nicht zu einer Einigung. Sie ändert auch nichts an der positiven Tendenzaussage des Bundeskartellamtes. Zustimmung zu

1) Einhellige Meinung, s. nur statt aller im öffentlichen Recht: Erichsen/Martens, in dies., Allg VerwR, S. 268 f.

fremden Erklärungen einerseits und Einigung über gemeinsame Vorstellungen andererseits, das ist sorgsam voneinander zu unterscheiden. Außerdem fehlt es bei der positiven Tendenzaussage am Bindungswillen des Bundeskartellamtes. Wer etwas in Aussicht stellt, will sich gerade noch nicht binden.

Die pauschale Behandlung informeller Verfahren als Arrangement 1) oder Kungelei 2) wird daher der Sache nicht gerecht. Ein Einvernehmen zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt gibt es zwar, es bezieht sich aber nur auf das Vorgehen. Die wichtigsten Ergebnisse informeller Verfahren, nämlich die Erklärungen über den vermutlichen Ausgang des formellen Verfahrens, sind dagegen Ausfluß einer einseitigen Beurteilung durch das Bundeskartellamt 3).

1) Krafft, Fusionskontrolle, S. 196; Rittner, WuW 1969, 69, 74.

2) Begriff stammt von Mestmäcker vor dem wirtschaftspolitischen Ausschuß des BT, zitiert nach FAZ, 02.01.1976, S. 7; übernommen von Wolter, WuW 1979, 213, 222; Traumann, DB 1981, 976, 977; Windbichler, Informelles Verfahren, S. 40. Mußnug weist auf eine terminologische Kehrtwendung hin: was früher unter dem Begriff der Partizipation gepriesen worden sei, werde jetzt als Kooperation oder gar Kollusion kritisiert, in VVDStRL 40 (1982), S. 282 f.

3) Das ist ein weiterer Grund dafür, warum informelle Verfahren und die Zusagenpraxis nicht verwechselt oder über einen Kamm geschoren werden sollten.

bb) Abstimmung über das folgende
formelle Verfahren

Vereinbarungscharakter könnten dagegen die Abstimmungen zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt über das folgende formelle Verfahren 1) haben.

Soweit es dabei um die Verständigung über Fristen (Zeitpunkt der Anmeldung/Anzeige, Dauer der Prüfung u. ä.) geht, liegt eine Einigung zwischen dem Bundeskartellamt und den Unternehmen vor. Ihr fehlt es aber an dem für einen Vertrag erforderlichen beiderseitig bindenden Verpflichtungswillen. Keiner der Beteiligten will eine Verpflichtung eingehen, sich im folgenden formellen Verfahren wie abgesprochen zu verhalten 2). Diese Art von Absprachen sind eher als good-will-Erklärungen denn als Verträge einzustufen.

Soweit sich die Beteiligten darüber verständigen, was das Bundeskartellamt als vollständige Anmeldung oder Anzeige akzeptiert, scheitert die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erneut an dem Erfordernis einer Einigung. Das Bundeskartellamt und die Unternehmen geben nicht zwei übereinstimmende Willenserklärungen ab mit dem Inhalt, daß sie die Vollständigkeit der Anmeldung/Anzeige vereinbaren 3).

- 1) S. oben § 5, III, 4, a.
- 2) Dieser Fall ist nicht mit § 24 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 GWB zu verwechseln. Dort ist die einverständliche Fristverlängerung während eines formellen Verfahrens geregelt.
- 3) Eine solche Vereinbarung wäre auch nicht zulässig, denn die von § 23 Abs. 5 GWB geforderten Angaben unterliegen hinsichtlich ihres Umfangs nicht der Disposition des BKartA. KG WuW/E OLG 1895, 1896 "Erdgas Schwaben" und KG WuW/E OLG 1712 "Hygiene-Artikel".

Das Bundeskartellamt erklärt vielmehr - gefragt oder ungefragt -, daß es im Hinblick auf die Fristberechnung im folgenden formellen Verfahren bei der Angabe bestimmter Daten von der Vollständigkeit der Anzeige/Anmeldung ausgeht 1). Das mag als Erklärung Folgen für das formelle Verfahren haben 2). Eine vertragliche Einigung liegt in dieser einseitigen Erklärung des Bundeskartellamts auch dann nicht vor, wenn die Unternehmen dieser Erklärung zustimmen. Auf diese Zustimmung kommt es nicht an.

c) Zusicherung gemäß § 38 BVwVfG

Die Ergebnisse informeller Verfahren könnten Zusicherung im Sinne von § 38 BVwVfG sein.

aa) Positive Tendenzaussage

Für eine derartige Einstufung kommt zunächst die positive Tendenzaussage in Betracht.

Das GWB-Verfahrensrecht kennt das Instrument der Zusage nicht. Es bestehen aber keine Bedenken nach dem Sinn und Zweck des Kartellverfahrens, die subsidiäre Vorschrift des § 38 BVwVfG auch auf das Verhalten des Bundeskartellamtes im allgemeinen anzuwenden 3).

- 1) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24, Rdnr. 83.
- 2) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24, Rdnr. 83; Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 157 in zweifelhaftem Verweis auf WuW/E BGH 1685, 1687 "Springer-Elbe-Wochenblatt".
- 3) FK, Vorb. §§ 51 - 80, Tz. 4.

Bedenken, ob § 38 BVwVfG auf den Fall der positiven Tendenzaussage im besonderen angewendet werden kann, ergeben sich aber aus folgender Erwägung.

Von einer Zusicherung im Sinne von § 38 BVwVfG kann man nur sprechen, wenn sie auf den Erlaß einer Verfügung als Folgeakt gerichtet ist. Das könnte zweifelhaft sein, weil die "Genehmigung" einer Fusion, die das Objekt der positiven Tendenzaussage ist, keinen Verfügungscharakter hat 1).

Diese Bedenken lassen sich ausräumen. Die Zusage der Behörde kann sich gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall BVwVfG auch darauf beziehen, daß zugesagt wird, eine Verfügung zu unterlassen. Darum geht es bei der positiven Tendenzaussage. Die Unternehmen erstreben, daß das Bundeskartellamt ein Eingreifen unterläßt. Dementsprechend prüft das Bundeskartellamt im Fusionskontrollverfahren nicht, ob es den Zusammenschluß genehmigt, sondern nur, ob eine Untersagung auszusprechen ist. Lehnt es das ab, so lautet der "Tenor" des behördeninternen Vermerks: "Der Zusammenschluß wird nicht untersagt." Da der Folgeakt der positiven Tendenzaussage also das Unterlassen einer Untersagung (= Verwaltungsakt) ist, könnte sie durchaus Zusicherung im Sinne von § 38 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall BVwVfG sein.

Fraglich ist aber, ob das Bundeskartellamt mit der positiven Tendenzaussage dem Inhalt nach eine Zusage ausspricht.

1) S. oben, § 5, I, 3.

Davon kann man nur sprechen, wenn eine Behörde ihr künftiges Verhalten festlegt 1). Die Zusage ist von Auskünften und Hinweisen dadurch zu unterscheiden, daß sie eine verbindliche 2) Festlegung im Hinblick auf den Folgeakt trifft. Im Wege der Auslegung 3) muß festgestellt werden, daß der Wille der Behörde eindeutig erkennbar ist, sich zu dem Unterlassen eines Verwaltungsaktes bindend zu verpflichten 4). Der positiven Tendenzaussage fehlt es im Normalfall an einem erkennbaren Verpflichtungswillen des Bundeskartellamtes. Angesichts der Gesamtumstände bei einem informellen Verfahren können die Unternehmen als Erklärungsempfänger zwar davon ausgehen, daß sich ihre Lage faktisch verbessert. Aber ebensowenig wie die negative Tendenzaussage mit ihren Wirkungen rechtlichen Regelungscharakter hat, kann man der positiven Tendenzaussage als dem "actus contrarius" rechtlichen Bindungscharakter zusprechen. Davon gehen die Unternehmen selbst auch aus. Anders stellt sich die Lage dagegen dar, wenn das Bundeskartellamt - ausnahmsweise - die oben als "feste Zusicherungen" 5) bezeichneten Erklärungen abgibt.

- 1) Kopp, § 38, Rdnr. 7.
- 2) Schwarze, in Knack, § 38, Rdnr. 3.1.; Meyer/Borgs, § 38, Rdnr. 9.
- 3) Erichsen/Martens, in dies. AllgVerwR, S. 172.
- 4) Insoweit unstr.: Stelkens, in ders./Bonk/Leonhardt, VwVfG, § 38, Rdnr. 6 mwN, 8; Meyer/Borgs, § 38, Rdnr. 2; Krause, Rechtsformen, S. 288 (noch für den Zustand vor Inkrafttreten des BVwVfG). Auf den Streit, ob die Zusicherung selbst ein Verwaltungsakt ist oder nur verwaltungsaktähnlich, kommt es hier nicht an.
- 5) S. oben § 5, III, 4, d.

Allein die Tatsache, daß zwischen einer normalen Tendenzaussage und einer festen Zusicherung innerhalb des Bundeskartellamtes unterschieden wird, zeigt bereits, daß es bei der ersteren an einem Verpflichtungswillen fehlt, während er bei der zweiten vorliegt. Die festen Zusicherungen gibt das Bundeskartellamt ausdrücklich - zum Teil sogar schriftlich 1) - und für die Unternehmen erkennbar mit dem Willen ab, sich damit für die Nichtuntersagung (clausula rebus sic stantibus) bereits jetzt festgelegt zu haben. Sie sind daher als Zusagen im Sinne von § 38 Abs. 1 Satz 1, 2. Fall BVwVfG anzusehen, nicht aber der Normalfall einer positiven Tendenzaussage.

bb) Abstimmung über das folgende
Verfahren

Die Erklärungen, die das Bundeskartellamt in Abstimmung mit den Unternehmen im Hinblick auf das folgende Verfahren abgibt 2), sind keine Zusagen im Sinne von § 38 BVwVfG.

Denn es fehlt entweder bereits an dem Verfügungscharakter der Folgeakte (Verhalten im formellen Verfahren = Verfahrensmaßnahmen ohne Verfügungscharakter), oder es gibt gar keine Folgeakte (Erklärung über Vollständigkeit der Anzeige-/Anmeldeunterlagen).

d) Abmahnungen im Sinne des GWB

Die Ergebnisse informeller Verfahren können nicht als Abmahnungen im Sinne des GWB eingestuft werden, die

1) S. oben § 5, III, 4, b.

2) S. oben § 5, III, 4, a.

das Gesetz in den §§ 17 Abs. 2, 22 Abs. 4 und 38 a Abs. 5 vorgesehen hat. Die Abmahnung ist nämlich keine eigenständige Handlungsform der Kartellbehörde. Sie ist eine Verfahrensstation, die durchzuführen ist, wenn das Gesetz sie vorsieht. Die Abmahnung wird ihrerseits dogmatisch in das System kartellbehördlicher Handlungsformen eingeordnet 1). Sie ist deshalb kein Oberbegriff wie Verfügung oder Vertrag, unter die sich die Ergebnisse der informellen Verfahren subsumieren ließen. Als Einordnungskategorie des Systems kartellbehördlicher Handlungsformen scheidet die Abmahnung aus.

e) Schlichtes Verwaltungshandeln

Sind die Ergebnisse informeller Verfahren weder als Verfügung iSv § 57 GWB noch als öffentlich-rechtlicher Vertrag noch - vom Ausnahmefall der "festen Zusicherung" abgesehen - als Zusicherung gemäß § 38 BVwVfG einzustufen, so bleibt nur übrig, sie als schlichtes Verwaltungshandeln 2) einzuordnen. Anstelle dieses Begriffes sind auch die Bezeichnungen Realakt 3), tatsächliches Verwaltungshandeln 4), schlichte Verwaltungsäußerung 5) und schlichte Hoheits-

-
- 1) S. dazu K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 62, Rdnr. 19; Junge, im GK, 2. Aufl. § 57, Rdnr. 1; Hinz, im GK, § 62, Rdnr. 9.
 - 2) Achterberg, AllgVerwR, Rdnr. 255; Erichsen/Martens, in dies., AllgVerwR, S. 312; Krause, Rechtsformen, S. 55; Meyer/Borgs, § 35, Rdnr. 39.
 - 3) Achterberg, AllgVerwR, Rdnr. 255; Erichsen/Martens, in dies., S. 312; Krause, Rechtsformen, S. 54 ff., s. auch Achterberg, DÖV 1971, 397 ff.
 - 4) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 45, II, a, S. 364.
 - 5) Stern, BayVBl. 1957, 86, 88.

verwaltung 1) gebräuchlich. Die Maßnahmen der Verwaltungen, die unter dieser Handlungsform zusammengefaßt werden, sind vielfältig 2). Der Sache nach geht es stets um Verwaltungshandeln, das nicht auf die unmittelbare Herbeiführung und Bewirkung von Rechtsfolgen gerichtet ist 3), sondern unmittelbar nur einen tatsächlichen Erfolg zeitigt 4). Nach dem bisher Gesagten trifft genau das auf die Ergebnisse informeller Verfahren zu, von dem Ausnahmefall der "festen Zusicherung" abgesehen.

Die positiv nicht aussagekräftige Definition des schlichten Verwaltungshandelns macht klar, daß dieses nicht eine selbständige und klar abzugrenzende behördliche Handlungsform ist. Schlichtes Verwaltungshandeln ist eine Restkategorie. Es ist ein negativer Sammelbegriff für diejenigen Verwaltungsmaßnahmen, die weder Verwaltungsakt noch öffentlich-rechtlicher Vertrag noch Zusicherung sind 5). Insofern ist mit der Einordnung der Ergebnisse informeller Verfahren unter diesem Sammelbegriff eine Einordnung zwar gelungen. Sie ist aber wie das schlichte Verwaltungshandeln im ganzen nicht sonderlich trennscharf.

-
- 1) Jellinek, Verwaltungsrecht, S.21 ff.; kritisch zu diesem Begriff Mallmann, Schranken, VVDStRL 19 (1961), S. 165, 171 f.
 - 2) S. die Versuche der Systematisierung bei Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 45, II, S. 364 ff. und bei Achterberg, AllgVerwR, Rdnr. 256 ff.
 - 3) Deshalb die Bezeichnung "schlicht".
 - 4) Achterberg, AllgVerwR, Rdnr. 255; Erichsen/Martens, in dies., AllgVerwR, S. 312; Krause, Rechtsformen, S. 56 f.
 - 5) So schon Krause, Rechtsformen, S. 56.

Man könnte deshalb daran denken, für den Bereich informellen Verwaltungshandelns im allgemeinen oder des informellen Kartellverwaltungshandelns im besonderen die Handlungsform "Schlichtes Verwaltungshandeln" durch die Einführung eines neuen Begriffes oder in anderer Weise dogmatisch feiner zu untergliedern.

Davon wird aber hier bewußt abgesehen. Die fehlende Trennschärfe innerhalb des schlichten Verwaltungshandelns ist nämlich nicht nur ein Nachteil, sondern vor allem ein Vorteil.

Die Verwaltung arbeitet immer mehr mit flexiblen Handlungsformen, um auf eine ihr sinnvoll erscheinende Weise den Vorgaben und Bedürfnissen gerecht zu werden, die die Gesetze und die von den Gesetzen Betroffenen an sie richten ¹⁾. Für die rechtliche Würdigung dieser behördlichen Verhaltensweisen ist es von Vorteil, wenn die Rechtsdogmatik mit dem "schlichten Verwaltungshandeln" einen weiten Oberbegriff zur Verfügung stellt und damit alle denkbaren Handlungsformen neben Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag (und dem hier nicht interessierenden Verwaltungsprivatrecht) erfaßt. So kann man im Gleichklang mit den tatsächlichen und teilweise sich rasch verändernden Entwicklungen die unverzichtbare Rechtskontrolle über Verwaltungstätigkeit ausüben. Es ist für die Rechtsdogmatik besser, sich mit einer ungenauen, aber stets zutreffenden Einordnung zu begnügen und sich der

1) Vgl. dazu Randelzhofer/Wilke, Duldung, S. 83 ff.; Kirchof, Verwalten, S. 1 f.; BVerwGE 45, 309, 317 (Floatglas); Schuppert, VerwArch 1980, 340 f.; Fiedler, AöR 105 (1980), S. 79, 110 ff. Siehe auch die Berichte von Scheuing und Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 152, 179 ff. und S. 187 ff. mit der kontrovers geführten Diskussion, S. 274 ff.

Frage der Rechtmäßigkeit und der Folgen flexibler Handlungsformen zuzuwenden, als zu versuchen, mit dem Tempo von tatsächlichen Entwicklungen moderner Verwaltungstätigkeit mitzuhalten und sie ausdifferenziert zu kanonisieren.

Die Ergebnisse informeller Verfahren sind also - mit der Ausnahme der "festen Zusicherung" - ohne weitere Ausdifferenzierung schlichtes Verwaltungshandeln des Bundeskartellamtes und auch so zu bezeichnen.

2. Rechtmäßigkeitsprüfung im einzelnen

Ausgehend von dieser Einordnung der Ergebnisse informeller Verfahren ist nunmehr die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Inhalte informeller Verfahren im einzelnen möglich (Frage des Wie).

Die Voraussetzungen für rechtmäßiges schlichtes Verwaltungshandeln sind angesichts der Vielgestaltigkeit seiner möglichen Erscheinungsformen nicht einheitlich benennbar. Allgemein läßt sich so viel sagen, daß schlichtes Verwaltungshandeln formell und materiell dem Vorrang des Gesetzes und, insofern ein Eingriff vorliegt, dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegt 1). Präziser können die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen nur im Hinblick auf die jeweilige Eigenart des schriftlichen Verwaltungshandelns formuliert werden 2).

1) Achterberg, AllgVerwR, Rdnr. 263; Erichsen/Martens, in dies., AllgVerwR, S. 314; s. ähnlich auch Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 30, insbes. II, b, 1, S. 178 ff. und II e, S. 182.

2) Erichsen/Martens, in dies., AllgVerwR, S. 314 f. mit Hinweisen auf Rechtsprechungsbeispiele.

Die Eigenart der Inhalte formeller Verfahren beim Bundeskartellamt ist oben beschrieben worden. Dieser Eigenart entsprechend lassen sich die Voraussetzungen für ihre Rechtmäßigkeit abstrakt wie folgt benennen:

- Die Inhalte informeller Verfahren sind formell rechtmäßig, wenn das Bundeskartellamt in den informellen Verfahren nicht gegen Gesetze verstößt, die das geschilderte Zustandekommen ihrer Ergebnisse verbieten.
- Die Inhalte informeller Verfahren sind materiell rechtmäßig, wenn das Verhalten des Bundeskartellamtes nicht an inhaltlichen Mängeln leidet, sein Verhalten inhaltlich einem gültigen Rechtssatz nicht widerspricht. Wenn durch die Inhalte informeller Verfahren Rechtsnachteile entstehen, muß das Handeln des Bundeskartellamtes von einer Ermächtigungsgrundlage gedeckt sein.

a) Formelle Rechtmäßigkeit beim Zustandekommen der Ergebnisse informeller Verfahren

In Hinblick auf die formelle Rechtmäßigkeit beim Zustandekommen der Ergebnisse informeller Verfahren ist zu prüfen,

- ob das Bundeskartellamt mit Ermittlungen gegen Gesetze verstößt,
- und ob Vorschriften über Beteiligungsrechte verletzt werden.

aa) Ermittlungen im informellen Verfahren

Ermittlungen des Bundeskartellamtes in informellen Verfahren, zu denen es zuweilen kommt 1), könnten gegen § 46 Abs. 1 GWB verstoßen.

Wenn das Bundeskartellamt seine Ermittlungen in informellen Verfahren mit Hilfe von informellen Auskunftersuchen durchführt, scheidet ein Verstoß gegen § 46 Abs. 1 GWB allerdings aus. Informelle Auskunftersuchen sind - wie dargelegt 2) - wegen der Freiwilligkeit ihrer Beantwortung grundsätzlich zulässig.

Das Bundeskartellamt würde allerdings dann gegen § 46 Abs. 1 GWB verstoßen, wenn es auch in einem informellen Verfahren "ins Blaue hinein" 3) ermittelte. Das Bundeskartellamt hat kein sog. allgemeines Enquete-Recht 4), d. h., es darf nicht Ermittlungen zur allgemeinen Feststellung von Marktverhältnissen ohne Bezug zu einem konkreten Fall anstellen. Das Bundeskartellamt darf also nicht ein informelles Verfahren vortäuschen oder ausnutzen, um sich so doch ein Enquete-Recht anzumaßen. Ein solches Verhalten verstößt gegen § 46 Abs. 1 GWB und

1) S. oben § 5, III, 3, f.

2) S. oben § 4, II, 2.

3) Begriff vom KG WuW/E OLG 2433, 2435, das den Begriff allerdings im Zusammenhang mit einer formellen Anwendung des § 46 GWB verwandt hat.

4) Unstreitig: Junge, im GK, § 46, Rdnr. 2; FK, § 46, Tz. 30; Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 4.

ist unzulässig. Zulässig sind Ermittlungen auch im informellen Verfahren nur, wenn sie zur Aufklärung für das informell unterbreitete Zusammenschlußprojekt konkret beitragen.

Würde das Bundeskartellamt in informellen Verfahren durch formelle Auskunftsbeschlüsse ermitteln, so wäre auch dies unzulässig. Es fehlte in solchen Fällen an der Erforderlichkeit zur Erfüllung der Aufgaben der Kartellbehörde gemäß § 46 Abs. 1 1. Halbsatz GWB. Zwar ist im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal nach der Rechtsprechung ein großzügiger Maßstab anzulegen 1). Aber selbst bei großzügiger Auslegung kann man nicht übersehen, daß in § 46 Abs. 1 GWB ein Auskunftsbeschluß zur Erfüllung einer im GWB dem Bundeskartellamt übertragenen Aufgabe nicht hilfreich, sinnvoll oder praktisch, sondern darüberhinaus erforderlich sein muß. Ein formeller Auskunftsbeschluß im informellen Verfahren könnte aber nur dann erforderlich sein, wenn es eine gesetzliche Pflicht zum informellen Verfahren gäbe, zu dessen Erfüllung im Sinne von § 46 Abs. 1 GWB dann auch Ermittlungen geboten sein könnten. Eine solche Pflicht besteht aber - wie gesehen 2) - nicht.

bb) Beteiligungsrechte am informellen Verfahren

Die Inhalte informeller Verfahren könnten formell unrechtmäßig sein, wenn bei ihrem Zustandekommen

1) KG WuW/E OLG 1961, 1962, "Flug-Union".

2) S. oben § 6, II, 1.

Verfahrensrechte in unzulässiger Weise beeinträchtigt würden.

Die Voraussetzungen dafür, daß Beteiligungsrechte verletzt werden, sind, daß Unternehmen im Zusammenhang mit informellen Verfahren ein Recht auf eine Beteiligung haben, gleichwohl aber am informellen Verfahren nicht beteiligt waren.

Unmittelbar betroffen von und unmittelbar beteiligt an einem Zusammenschluß sind in der Regel ein erwerbendes Unternehmen und ein Unternehmen, an dem etwas erworben werden soll 1).

Bei Zusammenschlüssen in Form des Vermögens- und Anteilserwerbs, § 23 Abs. 2 Nr. 1, 2 GWB 2), kommt zu letzterem noch ein Veräußerer hinzu. Wenn nun alle drei Unternehmen zusammen oder eines von ihnen im Namen und mit Vollmacht der anderen mit dem Bundeskartellamt zusammen ein informelles Verfahren betreiben, so wie es die Regel ist 3), können im Hinblick auf eine Beeinträchtigung von Beteiligungsrechten unmittelbar Beteiligter wegen der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten Probleme nicht entstehen.

In Ausnahmefällen führt das Bundeskartellamt aber informelle Verfahren auch ohne eines dieser Unternehmen durch:

- 1) Bei der Bildung von Gemeinschaftsunternehmen, § 23 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GWB, paßt diese Bezeichnung nicht genau.
- 2) Dies sind die häufigsten Zusammenschlußtatbestände.
- 3) S. oben § 5, III, 2.

- Im Fall des "heimlichen Anteilserwerbs" 1) weiß das Unternehmen, an dem Anteile erworben werden sollen, von einem informellen Verfahren nichts, ja, es soll - aus der Sicht des Erwerbers - gerade nicht am informellen Verfahren beteiligt werden 2).
- Im Fall der "heimlichen Veräußerung" weiß ein potentieller Erwerber von einem informellen Verfahren beim Bundeskartellamt mit dem Veräußerer nichts 3).

Nicht beteiligt an informellen Verfahren werden schließlich auch Unternehmen, die in einem formellen Verfahren gem. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB wegen einer Interessenberührung mit dem Zusammenschlußvorhaben beigeladen werden könnten oder müßten 4).

Fraglich ist nun, ob diese nicht an informellen Verfahren beteiligten Unternehmen ein Recht auf eine Beteiligung an informellen Verfahren haben.

Ein solches Recht ergibt sich nicht aus § 51 Abs. 2 GWB, wo festgelegt ist, wer an einem Verfahren vor der Kartellbehörde beteiligt ist, Die §§ 51 ff. GWB sind auf informelle Verfahren nicht anwendbar, gelten sie doch nur für formelle Verfahren in Verwaltungssachen.

1) S. oben § 5, III, 2.

2) Ob ein formelles Verfahren in diesem Sinne heimlich durchgeführt werden darf, ist str.: Für unzulässig halten dies: Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1982, Tz. 697 (Sie spricht fälschlicherweise von einem informellen Verfahren, obwohl eine formelle Anmeldung in dem von ihr zitierten Fall "Allianz/Eagle Star" vorgelegen hatte.); KG WuW/E OLG 2202 f. "Stadtwerke Leverkusen". Anderer Ansicht ist Markert, Anm. zu KG WuW/E OLG 2411 "Bayer/Firestone", in RIW/AWD 1981, 407, 408, Fußn. 7.

3) S. oben § 5, III, 2.

4) Im Fall der - str. - notwendigen Beiladung. Dazu mwN auf den Meinungsstreit K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 493 ff., 501 ff.

Ein Recht auf eine Beteiligung an einem informellen Verfahren läßt sich aus einem ähnlichen Grund auch nicht mit einer subsidiären Anwendung 1) des § 28 Abs 1 BVwVfG begründen. Denn diese Vorschrift verpflichtet zur Anhörung Beteiligter nur vor dem Erlaß eines Verwaltungsaktes. Die Ergebnisse informeller Verfahren sind aber keine Verwaltungsakte 2).

Als Rechtsgrundlage für ein Recht auf Beteiligung an einem informellen Verfahren kommt daher nur der allgemeine Rechtsgrundsatz des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Betracht, der auch von der Verwaltung zu beachten ist 3).

Danach hat eine Behörde - auch über § 28 BVwVfG hinaus 4) - die Verpflichtung, diejenigen zum Gegenstand eines Verfahrens anzuhören, die durch das Ergebnis des Verfahrens in ihrer Rechtsstellung negativ betroffen werden können. Stets wird dabei auf ein bestehendes Verwaltungsverfahren abgestellt. Insofern könnte man schon mangels eines Verwaltungsverfahrens jedes Recht auf eine Beteiligung an einem informellen Verfahren ablehnen.

Das wäre aber eine rein formale Begründung, die übersieht, daß Förmlichkeit nicht das entscheidende Kriterium für Verfahrensbeteiligung ist 5) und sein kann, sondern die materielle Betroffenheit 6) der

1) Fraglich wäre schon, ob bei einer Nichtwendung von § 51 GWB eine subsidiäre Anwendung von § 28 BVwVfG überhaupt systemgerecht wäre; s. dazu oben § 6, I, 3, b.

2) S. oben § 6, III, 1, a.

3) S. aus der Fülle der Lit. nur Dürig, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103, Rdnr. 92 f., König, DVBl. 1959, 189 - 192; Rüping, NVwZ 1985, 304, 308 f.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 156, IV, d, S. 336 f; Badura, in Erichsen/Martens, Allg VerwR, S 343f.; Kopp, § 28, Rdnr. 1f, alle mwN. auch auf die Rspr.

4) Kopp, § 28, Rdnr. 64; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht III, § 156, IV, d, 1, S. 336.

5) Dürig, in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Art. 103, Rdnr. 93.

6) Badura, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 343.

möglichen Beteiligten.

ES ist also genauer zu prüfen, ob Unternehmen, die nicht an informellen Verfahren beteiligt werden, materiell durch deren Ergebnisse in ihrer Rechtsstellung negativ betroffen werden können.

Daran ist durchaus zu denken: Unternehmen, die an einem formellen Verfahren gem. § 51 Abs. 2 GWB beteiligt werden, wird durch eine Nichtbeteiligung am informellen Verfahren die Möglichkeit zu effektiver Einflußnahme auf die Richtung und Tendenz der Willensbindung des Bundeskartellamtes genommen. Das könnte deswegen bedenklich sein, weil es sich in der Regel um Unternehmen handelt, die aus der Sicht der informell beteiligten Unternehmen dort gerade nicht beteiligt werden sollen, weil sie eine andere Interessenslage haben. Es wird vom Bundeskartellamt über die Köpfe eines Teils der Betroffenen hinweg mit dem anderen Teil eine Vorprüfung über das Wichtigste bei Unternehmen durchgeführt, nämlich die Veränderung der Eigentumsverhältnisse. Und wie dargelegt haben die Ergebnisse informeller Verfahren tatsächlich erheblichen Einfluß auf die spätere Untersagungs- oder Nichtuntersagungsentscheidung.

Letztlich vermögen aber tatsächliche Interessen der nichtbeteiligten Unternehmen ein Recht auf eine Beteiligung an informellen Verfahren nicht zu begründen. Denn die Ergebnisse der informellen Verfahren haben rechtliche gerade keinen verbindlichen Charakter 1). Sie können deswegen, worauf es beim Anspruch auf

1) S. oben § 6, III, 1, a.

rechtliches Gehör allein ankommt 1)), nicht in die Rechtsstellung irgendeines Betroffenen eingreifen. Die Rechtslage eines Unternehmens, das am informellen Verfahren nicht beteiligt ist, ändert sich durch eine Tendenzaussage des Bundeskartellamtes nicht. Was sich ändern kann, ist die Einschätzung der Rechtslage durch das am informellen Verfahren beteiligte Unternehmen. Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes werden zudem *clausula rebus sic stantibus* abgegeben 2)). Als Umstände, welche die im informellen Verfahren sich ergebende Haltung des Bundeskartellamtes verändern können und ggfls. sogar müssen, sind besonders die Tatsachen vom Bundeskartellamt zu berücksichtigen, die von den Unternehmen vorgetragen werden, die im informellen Verfahren nicht beteiligt waren. Gesichert wird dies durch § 51 Abs. 2 GWB. Je gewichtiger die Sach- und Rechtsausführungen im formellen Verfahren dann sind, desto eher wird sich auch die Einstellung des Bundeskartellamtes gegenüber der Tendenzaussage im informellen Verfahren ändern. Ein Recht, vor jeglicher behördlicher Maßnahme gehört zu werden, die die Interessen von Betroffenen berührt, gibt es nicht 3)). Ein solches Recht wäre nicht einmal im wohlverstandenen Interesse der Unternehmen, die an einem informellen Verfahren nicht beteiligt werden. Denn es würde die informellen Verfahren insgesamt verlängern, formalisieren und dadurch gefährden, woran keinem Unternehmen gelegen ist.

1) S. oben § 6, III, 2, a, bb.

2) S. oben § 5, III, 4, b.

3) BGH Jz 1969, 637, 640.

Es mag zuweilen verfahrensmäßig für das Bundeskartellamt ratsam sein, schon im informellen Verfahren eine Stellungnahme von den betroffenen Unternehmen einzuholen, die im formellen Verfahren ohnehin beteiligt werden, damit die Tendenzaussage faktisch noch zuverlässiger werden kann. Rechtlich geboten ist dies wegen der fehlenden unmittelbar rechtsgestaltenden Wirkung der Ergebnisse informeller Verfahren nicht.

Verfahrensrechte werden beim Zustandekommen der Ergebnisse informeller Verfahren also nicht verletzt.

b). Materielle Rechtmäßigkeit

Die Inhalte informeller Verfahren sind materiell rechtmäßig, wenn sie nicht einem gültigen Rechtsatz widersprechen, der das Verhalten des Bundeskartellamtes inhaltlich bestimmt.

Darüber hinaus müßte sich rechtmäßiges Handeln des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren auf eine gültige Ermächtigungsgrundlage stützen können, wenn es mit Eingriffen oder Rechtsnachteilen verbunden wäre. Denn mindestens 1) jede behördliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen und jede behördliche Rechtsbeeinträchtigung bedarf einer ermächtigenden gesetzlichen Grundlage 2).

Die Ergebnisse informeller Verfahren sind aber wegen ihrer fehlenden Verwaltungsaktqualität 3) und wegen

1) S. zur Diskussion über den Umfang des Gesetzesvorbehalts für viele nur Ossenbühl, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 61 - 67 mwN.

2) Statt aller: Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 30, III, a, S. 183.

3) Für Tendenzaussagen s. oben § 6, III, 1, a.

ihrer auch ansonsten mangelnden unmittelbaren Rechtsverbindlichkeit 1) nicht mit Verpflichtungen oder Rechtsnachteilen verbunden. Eine Ermächtigungsgrundlage ist also für die Ergebnisse informeller Verfahren nicht erforderlich.

Zu prüfen bleibt daher nur, ob es Rechtsvorschriften gibt, die dem geschilderten inhaltlichen Verhalten des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren entgegenstehen. Ist das der Fall, so liegt ein Verstoß gegen das Gebot vom Vorrang des Gesetzes vor 2). Ein solcher Verstoß macht die entsprechende Verwaltungshandlung rechtswidrig.

aa) Verstoß gegen das "Alles- oder-
Nichts-Prinzip" des § 24 Abs. 2
Satz 1 iVm Abs. 1 GWB

(1) Grundsatz

Die zentrale Vorschrift der Fusionskontrolle, § 24 Abs. 2 Satz 1 iVm Abs. 1 GWB, könnte dem Verhalten des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren entgegenstehen und deshalb zur Rechtswidrigkeit der Inhalte informeller Verfahren führen.

Diese Vorschrift kennt auf der Rechtsfolgende Seite nur die Untersagung eines Zusammenschlusses durch eine gebundene Verfügung, wenn die Voraussetzungen dafür auf der Tatbestandsseite vorliegen. Andernfalls unterbleibt eine Untersagung. Das GWB sieht

1) S. oben zur Ablehnung der Einstufung als öffentlich-rechtliche Verträge: § 6, III, 1, b.

2) S. dazu oben § 6, III, 2.

im formellen Verfahren nur eine strenge Ja- oder Nein-Entscheidung 1) des Bundeskartellamtes ohne jedes Ermessen auf der Rechtsfolgenseite vor. Dieses Alles- oder-Nichts-Prinzip 2) der Fusionskontrolle kommt auch darin zum Ausdruck, daß - etwa mit einer Nebenbestimmung 3) - abgestufte Einwirkungsmöglichkeiten des Bundeskartellamtes nicht möglich sind. Besonders deutlich wird das Alles- oder-Nichts-Prinzip, wenn man § 24 Abs. 2 GWB mit § 24 Abs. 3 GWB vergleicht. Dem Bundeswirtschaftsminister sind allerlei positive Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt, dem Bundeskartellamt nicht. In diesem starren System kartellbehördlicher Handlungsformen auf der Rechtsfolgenseite des § 24 Abs. 2 GWB kommt der historische Entstehungsgrund der Wirtschaftsaufsicht zum Vorschein. Sie ist aus der klassischen Gewerbepolizei hervorgegangen und bedient sich zumindest in ihrer Formtypik zuweilen noch der Formen des Polizeirechts 4).

Auf den ersten Blick könnte man daher annehmen, daß der Sinn und Zweck des § 24 Abs. 2 GWB nicht nur darin liegt, Form-Flexibilität im formellen Verfahren auszuschließen, sondern sich dann erst recht darauf erstreckt, flexibles Verwaltungshandeln zusätzlich oder gar ersetzend zu den formellen Handlungsformen zu unterbinden.

1) Begriff von Satzky, ZHR 141 (1977), S. 554, 558.

2) Begriff von Oehler, Entflechtung, S. 250; s. auch Möschel, Recht, Rdnr. 881.

3) Mestmäcker, in Immenga/Mestmäcker, § 24, Rdnr. 175.

4) Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S.38; zur Abgrenzung der Wirtschaftsaufsicht von der gestaltenden Wirtschaftslenkung, S. 21.

Mehrere Gesichtspunkte sprechen aber gegen eine solche Auslegung. Die Auslegung des § 24 Abs. 2 GWB darf sich nicht allein auf die Rechtsfolgen­seite be­schränken. Bezieht man die Tatbestandsseite mit ein, so ergibt sich ein anderes Bild. Die Voraussetzungen einer Untersagung sind in § 24 Abs. 1 GWB in Form von unbestimmten Rechtsbegriffen geregelt ("markt-beherrschende Stellung", "Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen", "Nachteile ... überwiegen") und einer Prognoseentscheidung ("ist zu erwarten, daß ...") 1). Manche sprechen deshalb sogar von einer Art "Subsumtionsermessen" 2). Um der Rechtssicherheit willen kann nun die enge Rechtsfolgenanordnung des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB nur als Kompensation des of-fenen Voraussetzungsteils dieser Rechtsnorm ange-sehen werden: Ist die schwierige Prüfung der Vor-aussetzungen einer Untersagung abgeschlossen, so soll wenigstens die Rechtsfolge (Untersagung oder Nicht-Untersagung) eindeutig sein.

Die Probleme bei der Rechtsanwendung des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB liegen also bei der Ermittlung der Vor-aussetzungen. Hier ist es für die Unternehmen - ge-erade angesichts der starren Rechtsfolge des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB im formellen Verfahren - risiko-reich undggflls.teuer, ohne Kenntnis der Richtung, in die das Bundeskartellamt prüfen und subsumieren wird, ein formelles Verfahren durch Anmeldung/Anzeige in Gang zu setzen. Der Sinn der informellen Verfahren liegt insofern darin, den Unternehmen Kosten und Ri-siken von oft bedeutenden unternehmensstrategischen Maßnahmen verringern zu helfen 3). Umgekehrt hat auch

1) S. dazu schon oben § 5, IV, 2, 3.

2) Markert, Referat FORUM am 28.09.1982.

3) Windbichler, WuW 1982, 845, 846.

das Bundeskartellamt bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB Probleme, und zwar mit der Informationsbeschaffung und der Rechtsanwendungssicherheit 1).

Informelle Verfahren können helfen, beide Defizite abzubauen 2). Insofern sind die informellen Verfahren für die Anwendung der Tatbestandsmerkmale in § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB als Voraussetzung für eine Unter-sagung hilfreich. Sie vermindern die Rechtssicherheit der Gesetzesanwendung nicht, sie erhöhen sie. Sind informelle Verfahren aber in dieser Weise für die Tatbestandsseite des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB hilfreich, können sie bei der gebotenen abgestimmten Auslegung von Tatbestand und Rechtsfolge für die Rechtsfolgenseite nicht störend sein; sie kommen ihrem Sinn und Zweck sogar entgegen.

Hinzu kommen zwei weitere Überlegungen, die bei der Auslegung des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB zu beachten sind:

Auch im formellen Verfahren ist das "Alles-oder-Nichts-Prinzip" durch die für rechtmäßig erklärte Zusagenpraxis bereits durchbrochen 3).

Und der Gesetzgeber selbst, dessen Präferenzen im GWB von besonderer Bedeutung sind 4), hat insbesondere im Hinblick auf die Fusionskontrolle die Bedeutung der informellen Verfahren für die Wirksamkeit der Fusionskontrolle bereits bei Einführung

1) S. oben § 5, IV, 3.

2) Noch weitergehend ("... sind erforderlich"): Gotthold/Vieth, Erfüllung von Aufgaben, S. 282, 285. S. auch schon oben § 5, IV und V.

3) S. oben § 5, II.

4) S. oben § 6, I, 3, a.

dieser Fusionskontrolle hervorgehoben 1). Der gleiche Gesetzgeber hat also zur gleichen Zeit einerseits das starre System des § 24 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz GWB (Rechtsfolgenseite) beim formellen Verfahren eingeführt und andererseits gerade auf die positive Bedeutung der informellen Verfahren für die Rechtsanwendung hingewiesen.

Sinn und Zweck des § 24 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 GWB schließen nach alledem also flexibles Verwaltungshandeln des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren grundsätzlich nicht aus.

(2) Beratungspraxis

Zweifelhaft ist aber, ob angesichts des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB auch eine Beratung durch das Bundeskartellamt rechtmäßig ist, die zum Gegenstand hat, daß im informellen Verfahren vorgetragene Zusammenschlußprojekt so zu gestalten, daß die Voraussetzungen für eine Untersagung entfallen 2).

Hier ist eine generelle Aussage angesichts der Vielfalt der denkbaren Formen, in denen eine Beratung stattfinden kann, kaum möglich. Die Grenze zwischen einer Tendenzaussage und einem beratenden Hinweis ist fließend.

Insgesamt wird man sagen können, daß im Hinblick auf den soeben dargelegten Sinn und Zweck des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB eine verantwortungsvolle und restriktiv

1) Begr. zum RegEntw. zur 2. Novelle, BT Drucks. VI/2520, S. 25, 30; s. auch Mestmäcker, in Immenga/ders., § 24 Rdnr. 175 und Möschel, Recht, Rdnr. 882, S. weitere Nachweise oben § 6, I, 3, a.

2) S. dazu oben § 5, III, 3, e.

angewandte Beratungspraxis rechtmäßig ist 1). Soweit nur ein beratender Hinweis erfolgt, um einen Wegweiser für die Unternehmen aufzustellen, in welcher Richtung das Bundeskartellamt den vorgetragenen Fall beurteilt, ist dies von § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB gedeckt.

Wenn aber die Beratung zielgerichtet und mit konkreten Vorschlägen dahin geht, ein untersagungs-trächtiges Zusammenschlußprojekt so zu verändern, daß es nicht mehr untersagt werden kann, dann widerspricht das dem Sinn des Alles-oder-Nichts-Prinzips § 24 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 GWB: Das Bundeskartellamt hat die Voraussetzungen einer Untersagung zu prüfen. Es kann sich dabei im informellen Verfahren flexibel verhalten. Es hat aber keine unternehmensberatende Aufgabe zur Vermeidung einer Untersagung. Die Grenze einer zulässigen Beratung liegt dort, wo das Bundeskartellamt seine ihm vom Gesetz zugewiesene Rolle des reaktiv Prüfenden verläßt und ein aktiv Gestaltender wird. Eine solche konkrete Einzelfallberatung zur Vermeidung der Untersagung ist daher rechtswidrig. Das gilt auch dann, wenn die Motive des beratenden Bundeskartellamtes (z. B. Erhaltung von Arbeitsplätzen im Wege einer Sanierungsfusion) lauter sind. Auf die Motive kommt es im § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht an. Gerade im Unterschied zum Bundeswirtschaftsminister hat das Bundeskartellamt lediglich die Wirkungen eines Zusammenschlusses auf die Marktstruktur zu prüfen.

1) K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, Vor § 51, Rdnr. 10.

bb) Befugnisse des Bundeskartellamtes
gem. § 24 Abs. 1 GWB als Grenze
für negative Tendenzaussagen

Wenn das Bundeskartellamt eine negative Tendenzaussage macht, die als Untersagung nach Abschluß des formellen Verfahrens nicht haltbar wäre und nicht ergehen könnte 1), dann ist die Abgabe einer derartigen Tendenzaussage wegen eines Verstoßes gegen § 24 Abs. 1 GWB rechtswidrig.

Die Befugnis des Bundeskartellamtes zu einer Untersagung richtet sich allein nach den Tatbestandsmerkmalen des § 24 Abs. 1 GWB. Der Sinn der informellen Verfahren besteht in Risikoverminderung, in Erhöhung der Rechtsanwendungssicherheit und in der Reduzierung der kartellbehördlichen Probleme bei der Informationsbeschaffung 2). Die Tendenzaussagen haben die Funktion, Wegweiser zu sein.

Aber sie können nicht die materiellen Befugnisse des Bundeskartellamtes bei der Fusionskontrolle erweitern. Das schlichte informelle Verwaltungshandeln kann nicht mehr Rechte einräumen als die formelle Untersagung. Jede Verwaltungshandlung des Bundeskartellamtes muß sich materiell in den Grenzen halten, die § 24 Abs. 1 GWB errichtet. Das gilt unabhängig von der Einleitung eines formellen Verfahrens. Eine kartellbehördliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 24 Abs. 1 GWB im informellen Verfahren, die im formellen Verfahren nicht haltbar ist, überschreitet diese Grenzen. Negative Tendenzaussagen auf der Basis einer zu weit gehenden Auslegung des § 24 Abs. 1 GWB sind daher rechtswidrig.

1) Oben als tatsächlich weitergehende Tendenzaussage bezeichnet, s. § 5, III, 4, d.

2) S. oben § 5, V, 2.

cc) Zusicherungsverbot im informellen
Verfahren

Wenn das Bundeskartellamt eine hier so genannte "feste Zusicherung" macht, also eine Zusage iSv § 38 BVwVfG dergestalt abgibt, daß es einen Zusammenschluß im späteren formellen Verfahren nicht untersagen wird 1), dann ist diese "feste Zusicherung" nichtig und unwirksam.

Eine Zusicherung im Sinne von § 38 BVwVfG ist fehlerhaft, wenn sie gegen ein Zusicherungsverbot verstößt 2). Ein solches Verbot liegt dann vor, wenn eine vorzeitige Bindung der Behörde durch eine Zusicherung dem Gesetzeszweck widerspricht 3).

Im informellen Verfahren gibt es ein Zusicherungsverbot. Es ergibt sich aus dem Gesetzeszweck der Vorschriften über das formelle Verfahren gem. § 51 ff. GWB in Verbindung mit dem Sinn der informellen Verfahren und dem Anliegen, die mit ihnen verfolgt werden.

Die Zusicherung iSv § 38 BVwVfG ist ein Element des formellen Verwaltungsverfahrensrechts. § 38 BVwVfG steht im ersten Abschnitt des 3. Teils des BVwVfG ("Zustandekommen des Verwaltungsakts"). Die Zusage unterliegt strengen Wirksamkeits- und Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen. Berücksichtigt man schließlich die Grenzen, die § 9 BVwVfG zieht ("Vorbereitung eines Verwaltungsaktes") so ergibt sich aus all dem, daß es dem Bundeskartellamt vor Abgabe einer Zusage im

1) S. oben § 5, III, 4, d.

2) Obermayer, § 38, Rdnr. 38, 48.

3) Meyer/Borgs-Maciejewski, § 38, Rdnr. 21.

informellen Verfahren mindestens erlaubt sein müßte, ein formelles Verwaltungsverfahren im Sinne von §§ 51 ff. GWB einzuleiten 1). Daran ist es aber im informellen Verfahren gerade gehindert 2). Sinn und Zweck des informellen Verfahrens ist es, ein formelles Verwaltungsverfahren gerade noch nicht in Gang zu setzen. Wenn das aber so ist, dann darf das Bundeskartellamt nicht Elemente des formellen Verwaltungsverfahrens gem. § 51 ff. GWB in das informelle Verfahren vorziehen, selbst wenn sie für die unmittelbar Beteiligten nur begünstigend sind. Das Bundeskartellamt darf sich nicht einerseits durch schlichtes Verwaltungshandeln auf der informellen Handlungsebene bewegen wollen und sich andererseits des Instruments des Verwaltungsaktes oder eines verwaltungsähnlichen Aktes wie der Zusage bedienen. Die §§ 51 ff. GWB lassen sich nach ihrem Sinn, die (formellen) Verfahren tunlichst zu formalisieren 3), nicht selektiv anwenden, so wie es einem gerade paßt. Mit anderen Worten: Das formelle Instrument der verwaltungsrechtlichen Zusage ist im informellen Verfahren dem Bundeskartellamt überhaupt verwehrt. Gibt das Bundeskartellamt dennoch feste Zusicherungen ab, die ihrer Rechtsnatur nach Zusagen im Sinne von § 38 BVwVfG sind, so sind diese nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig und damit unwirksam 4). Denn wenn sogar schon die fehlende Schrift-

1) Vgl. den ähnlichen Gedankengang bei Meyer/Borgs-Maciejewski, § 38, Rdnr. 9.

2) S. oben § 6, II, 2, a.

3) Generalbericht des Abg. Dr. Hellwig zum GWB-Entw., BT Drucks. II/3644, S. 34; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 454 ff.

4) So auch die Monopolkommission, 4. HG, BT Drucks. 9/1982, Tz. 698.

lichkeit einer Zusage zwingend 1) zur Unwirksamkeit führt, § 38 Abs. 1 Satz 1 BVwVfG, dann muß das erst recht gelten, wenn der zusagenden Behörde das Instrument der Zusage überhaupt verwehrt ist.

dd) Rechtssicherheitsgebot

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Inhalte formeller Verfahren ergeben sich unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit 2).

Dieser Grundsatz - abgeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG - verlangt Berechenbarkeit und Verlässlichkeit allen Verwaltungshandelns 3) und zwar sowohl im Hinblick auf den Entscheidungsprozeß als auch im Hinblick auf die Entscheidung selbst.

(1) im Hinblick auf die Beteiligten

Soweit die Adressaten des Rechtssicherheitsgebotes die unmittelbaren Akteure beim Kartellverfahren sind, scheidet ein Verstoß gegen dieses Gebot aus.

Nach dem schon Gesagten ist es nämlich ein Motiv und liegt es im Interesse der Unternehmen und des Bundeskartellamtes, Planungs- bzw. Rechtsanwendungssicherheit durch informelle Verfahren gerade zu er-

- 1) Der Wortlaut ist eindeutig. Früher war das Schriftformerfordernis str. Kritisch zum neuen Recht des BVwVfG Fiedler, AöR, 105 (1980), 79, 108 ff.
- 2) S. auch oben § 6, II, 2, d, bb.
- 3) Unstr., statt aller: Stern, Staatsrecht I, 1. Aufl., § 20, IV, 4, f. S. 651 ff. mwN; Kopp, Verfassungsrecht, S. 131 f.

höhen 1). Aus der Sicht der Unternehmen verhindern die Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren Überraschungsentscheidungen am Ende eines formellen Verfahrens. Das Bundeskartellamt bereitet durch informelle Verfahren psychologisch den Boden für seine späteren Entscheidungen vor 2). Das erhöht die Akzeptanz dieser Entscheidungen auch dann, wenn sie für ein Unternehmen negativ ausfallen und gerichtlich angegriffen werden. Für die Unternehmen wird das kartellbehördliche Verhalten durch die informellen Verfahren deshalb insgesamt berechenbarer und verlässlicher; das Bundeskartellamt fühlt sich in seiner Rechtsanwendung sicherer 3).

(2) im Hinblick auf die Allgemeinheit

Rechtssicherheit ist aber auch notwendig im Interesse der Allgemeinheit an einem berechenbaren und verlässlichen Gesetzesvollzug im Kartellrecht.

Informelle Verfahren könnten verhindern, daß sich die interessierte Öffentlichkeit oder sogar der Gesetzgeber ein verlässliches Bild über Wirkung und Erfolg des GWB und die Auslegung wichtiger Tatbestandsmerkmale machen können 4), da von den informellen Verfahren nichts oder Unklares bekannt wird.

- 1) Ausf. oben § 5, IV, 2, 3.
- 2) Diesen Aspekt betont für Verwaltungen allgemein Bullinger, Vertrag, S. 251.
- 3) S. oben § 5, IV, 3.
- 4) Das scheint Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 231 f. für informales Handeln überhaupt anzunehmen. Ähnlich kritisch Hoffman-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 213 f.; Bull, Verwaltungsrecht, § 5, 7, S. 133.

Insofern könnte ein Verstoß gegen das Rechtssicherheitsgebot vorliegen.

Demgegenüber ist aber zu betonen, daß der Gesetzgeber des GWB selbst auf die positive Wirkung informeller Verfahren mehrfach hingewiesen und dadurch eine gesetzgeberische Präferenz geschaffen hat 1). Eine unabhängige Monopolkommission begutachtet regelmäßig Stand und Entwicklung der Unternehmenskonzentration, § 24 b GWB. Ihr stehen alle Informationen aus dem Bundeskartellamt offen, auch die über die informellen Verfahren 2). Ihre Gutachten sind gemäß § 24 b Abs. 5 Satz 2 GWB zu veröffentlichen. Aus ihnen ergibt sich ein zuverlässiges Bild über Anwendung und Wirkung des GWB im Bereich der Zusammenschlußkontrolle.

Entscheidend ist aber, daß man Rechtssicherheit und Förmlichkeit - mindestens im Wirtschaftsrecht - nicht miteinander verwechseln darf. Berechenbarkeit und Verlässlichkeit behördlichen Handelns werden nicht allein durch formalisierte Verfahren vor einer Behörde gewährleistet, deren Ergebnisse möglicherweise von zwei Gerichtsinstanzen überprüft und korrigiert werden. Allein die Länge der Verfahren führt zu Schwebezuständen, die die Unsicherheit über das jeweils geltende Kartellrecht nicht abbauen. Neben den Betroffenen hat auch die Allgemeinheit kein Interesse daran, daß das Bundeskartellamt, das Kammergericht und der Bundesgerichtshof unterschiedlich entscheiden. Das Kartellrecht ist dazu ungeeignet, Tatbestandsmerkmale des GWB durch langwierige Rechtsprechungsverfahren allein allmählich dogmatisch zu sichern. Allein die Schnelligkeit wirt-

1) S. oben § 6, I, 3, a.

2) S. z. B. die kritischen Äußerungen zu den informellen Verfahren im 4. HG, BT Drucks. 9/1892, Tz. 697 ff., S. 193 f.

schaftlicher Prozesse verhindert im Kartellrecht eine dauernde Fixierung einzelner Rechtsbegriffe. Klares, verlässliches und für die Allgemeinheit überschaubares Behördenhandeln im Kartellrecht wird erleichtert, wenn die gegenseitigen Positionen von Bundeskartellamt und Unternehmen frühzeitig geklärt werden, so daß die Entscheidung des Bundeskartellamtes entweder akzeptiert werden kann, oder aber der präzise Gegenstand eines Streits, über den dann das Gericht zu befinden haben mag, offen zutage liegt. Dies leisten die informellen Verfahren, das macht ihre Klärfunktion 1) aus. Das überaus förmliche formelle Verfahren bietet eine Sicherung für alle Beteiligten, daß ihre Anliegen umfassend gewürdigt werden.

Angesichts der sensiblen, dogmatisch und tatsächlich schwierigen Materie des GWB mit ihren erheblichen Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben wird durch einen verantwortungsvollen Umgang mit informellen Verfahren das Kartellrecht in seiner Anwendung im ganzen berechenbarer und überschaubarer.

Rechtssicherheit im Kartellrecht hat weniger mit Förmlichkeit und mehr mit behutsamer, kontinuierlicher und im wesentlichen akzeptierter Gesetzesanwendung zu tun. Dazu erbringen auch die informellen Verfahren ihren nützlichen Beitrag.

Ein Verstoß gegen das verfassungsmäßige Gebot der Rechtssicherheit ist mit informellen Verfahren deshalb nicht verbunden.

1) S. oben § 5, V, 2.

ee) Gebot effektiver Rechtsschutz-
möglichkeit

Die Inhalte informeller Verfahren könnten schließlich rechtswidrig sein, wenn sie dem Gebot effektiver Rechtsschutzmöglichkeit gemäß Art. 19 Abs. 4 GG entgegenstünden.

Diese Verfassungsnorm garantiert nicht nur die Offenheit der Rechtswege. Sie gibt dem Bürger auch ein Recht auf die Einräumung tatsächlicher und rechtlicher Voraussetzungen, die für eine wirksame Geltendmachung seiner Rechte vor Gericht erforderlich sind 1). Die Inhalte informeller Verfahren könnten den Unternehmen diese Voraussetzungen nehmen und so die Wirksamkeit gerichtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten rechtswidrig beschneiden.

Eine solche Behauptung wird zum Teil für informelle Verfahren pauschal und mit dem allgemeinen Verweis auf ihre Unkontrollierbarkeit aufgestellt 2).

Konkret liegt aber eine unzulässige Rechtsschutzeinträchtigung nur unter zwei Voraussetzungen vor:

1) Kopp, Verfassungsrecht, S. 148 f. mwN, S. 155.

2) Erörtert an der mißverständlich so genannten präventiven informellen Abmahnung (s. oben § 4, I, 1, b.): Büdenbender WuW 1980, 111, 117 f.; Monopolkommission, 2. HG 1976/77, Tz. 395; aA dazu K. Schmidt, WuW 1980, 577, 588 f. Allgemein kritisch bei informellen Verfahren wegen des Rechtsschutzes Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 212 f.; Bull, Verwaltungsrecht, § 5, 7, S. 133.

- Die geltenden Rechtsschutzmöglichkeiten erfassen ein mögliches Rechtsschutzbegehren nicht.
- Und diese Rechtsschutzlücke ist angesichts des Artikel 19 Abs. 4 GG ausfüllungsbedürftig, oder
 - negativ -, das Bestehen dieser Lücke ist unzumutbar 1).

(1) Rechtsschutzlücke

Eine Rechtsschutzlücke liegt im Zusammenhang mit informellen Verfahren in der Tat vor:

Die im informellen Verfahren beteiligten Unternehmen können keine der in den §§ 62 ff. GWB geregelten Rechtsschutzmöglichkeiten ergreifen, wenn sie sich gegen Tendenzaussagen oder andere Maßnahmen des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren vor Gericht zur Wehr setzen sollen.

Die Anfechtungsbeschwerde, § 62 Abs. 1 GWB, ist ebenso wie die Verpflichtungsbeschwerde, § 62 Abs. 3 GWB, nur gegen Verfügungen zulässig 2); die Tendenzaussagen sind aber keine Verfügungen 3). Weitere Beschwerdemöglichkeiten sieht das GWB nicht vor.

Auch andere Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnen für Unternehmen keinen Rechtsschutz im Zusammenhang mit informellen Verfahren. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, § 63 Abs. 3 iVm § 56 GWB, ist nach Wortlaut und Systematik auf Anordnungen im

1) Vgl. zur insoweit unübersehbaren Lit. zu Art. 19 Abs. 4 GG nur Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 19, Rdnr. 18 und BVerfGE 10, 264, 267 f.; 41, 23, 26; 53, 115, 127 f. mwN.

2) Unstr.: statt aller K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 62, Rdnr. 7 f., 13 ff., 28 mwN.

3) S. oben § 6, III, 1, a.

Beschwerdeverfahren beschränkt, d. h. es muß schon zu einem solchen gekommen sein. Ein Antrag auf eine Anordnung gemäß § 63 a GWB setzt wieder den Erlaß einer Verfügung voraus.

Rechtsmittel nach der VWGO sind unzulässig, da sich der gerichtliche Schutz in Kartellverwaltungssachen ausschließlich nach dem GWB richtet 1).

(2) Zumutbarkeit der Rechtsschutzlücke

Nicht jede Rechtsschutzlücke führt aber zu einer unzulässigen Rechtsschutzbeeinträchtigung. Vielmehr ist fraglich, ob der Weg zu den Kartellgerichten durch das GWB für die Unternehmen, die an informellen Verfahren beteiligt sind, aus Sachgründen in nicht mehr zu rechtfertigender Weise, also unzumutbar erschwert wird. In diesem, aber auch nur in diesem Fall läge ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG vor 2).

Diese Frage läßt sich im Hinblick auf die verschiedenen Ergebnisse und sonstigen Inhalte informeller Verfahren nur differenziert beantworten.

(α) bei negativen Tendenzserklärungen

Bekommt dasjenige Unternehmen, das ein informelles Verfahren angeregt hat, eine negative Tendenzaussage des Bundeskartellamtes, so ist es ihm zumutbar, das

-
- 1) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 62, Rdnr. 4; VG Berlin WuW/E VG 208; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 518 f.
 - 2) Vgl. BVerfGE 10, 264, 267 f. Siehe schon oben § 6, II, 2, d, bb. zum Grundsatz der Förmlichkeit im Kartellverfahrensrecht.

Zusammenschlußprojekt durch Anmeldung oder Anzeige in das formelle Verfahren zu bringen und erst nach einer Untersagung eine Anfechtungsbeschwerde gemäß § 62 Abs. 1 GWB zu erheben 1). Es hat von sich aus seine Interessen zunächst auf einer informellen Ebene durchzusetzen gesucht und sich damit bewußt des Schutzes durch formalisierte Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren insoweit begeben 2). Niemand zwingt Unternehmen in ein informelles Verfahren. Sie selbst bevorzugen es, um Vorteile wie Vertraulichkeit, Gesichtswahrung bei Scheitern und Zeitgewinn zu erlangen. Wenn ihnen diese Vorteile erhalten bleiben sollen und nur das Ergebnis für sie unerwünscht ist, dann besteht kein Grund dafür, ein vorgezogenes Gerichtsverfahren zu eröffnen, wenn es im Anschluß an das formelle Verfahren ein solches ohnehin gibt. Ein vorgezogener, zusätzlicher Rechtsschutzweg ist daher nach einer negativen Tendenzaussage grundsätzlich nicht erforderlich.

Anders könnte es ausnahmsweise nur sein, wenn aus wirtschaftlichen Gründen (Sanierungsfall, Börsenfall) 3) die negative Tendenzaussage faktisch wie eine Untersagung wirkt, weil schon ein formelles Verwaltungsverfahren für das Unternehmen zu lange dauert oder aus anderen Gründen (Gefahr der Öffentlichkeit) schlimmer wäre als das Unterlassen des Zusammenschlußprojekts überhaupt.

- 1) Vgl. ähnlich zur Beschwerdemöglichkeit nach einer Abmahnung K. Schmidt, in Immenga/Mestmäcker, § 62, Rdnr. 9.
- 2) Ähnlich Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 233.
- 3) S. oben § 5, III, 4, c und § 6, III, 1, a, aa.

Denn der Grund der Beeinträchtigung der Unternehmen liegt nicht in der negativen Tendenzaussage, sondern im Faktischen in ihren wirtschaftlichen Umständen. Diese Umstände sind aus Rechtsgründen des § 24 Abs. 1 GWB nicht durch das Unterlassen einer negativen Tendenzaussage zu ändern. Sie ließen sich auch nicht durch eine zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit abstellen. Ein besserer Rechtsschutz würde die wirtschaftliche Lage der betroffenen Unternehmen nicht verbessern können 1). Im Gegenteil, ein gerichtliches Verfahren würde Zeit kosten und vor allem die Gefahr des Bekanntwerdens herbeiführen. Damit wäre den Unternehmen, die schnell eine Sanierung "über den kartellrechtlichen Berg" bringen müssen oder einen heimlichen Börsenkauf vorhaben, nicht geholfen, sondern nur geschadet. Man muß zur Kenntnis nehmen, daß ein wirtschaftliches Problem von Zeitknappheit und Öffentlichkeitsschutz mit den Mitteln eines erweiterten Rechtsschutzes hier nicht zu lösen ist.

(β) bei positiven Tendenzaussagen

Für ein Unternehmen, das im informellen Verfahren eine positive Tendenzaussage bekommt, stellt sich zunächst kein Rechtsschutzproblem. Es ist zufrieden. Weicht das Bundeskartellamt dann im formellen Verfahren davon ab und untersagt wider Erwarten den Zusammenschluß, steht diesem Unternehmen ohnehin die Anfechtungsbeschwerde offen, bei der es vortragen kann und wird, daß die formelle Entscheidung des Bundeskartellamtes zu seinem Nachteil von der positiven Tendenzaussage abweicht.

1) Vgl. zu einer ähnlichen Problematik Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 453.

(8) bei sonstigen Inhalten in-
formeller Verfahren

Auch bei den sonstigen Inhalten informeller Verfahren führen fehlende Rechtsschutzmöglichkeiten nicht zu einer unzulässigen Rechtsschutzbeeinträchtigung.

Ermittelt das Bundeskartellamt in informellen Verfahren durch informelle Auskunftersuchen 1), so ist für die Adressaten dieser Ersuchen die fehlende Möglichkeit eines Rechtsmittels zumutbar. Sie brauchen nur das Ersuchen unbeantwortet zu lassen. Damit ist ein Rechtsnachteil für sie nicht verbunden. Erläßt dann das Bundeskartellamt gem. § 46 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein formelles Auskunftersuchen, so unterliegt dieses Ersuchen der Beschwerdemöglichkeit gem. § 62 Abs. 1 GWB 2).

Einfachen Abstimmungen über das folgende formelle Verfahren 3) fehlt es am Verpflichtungswillen der Beteiligten 4). Sie sind daher nicht einklagbar. Wenn sich die Beteiligten darüber verständigen, was das Bundeskartellamt als vollständige Anmeldung oder Anzeige akzeptiert 5), so entsteht ebenfalls kein Rechtsschutzproblem. Erst wenn das Bundeskartellamt im formellen Verfahren von der Verständigung abweicht, stellt sich die Frage nach einem gerichtlichen Schutz für das betroffene Unternehmen. Dieser ist entweder durch das Beschwerdeverfahren gegen die Untersagung gewährleistet oder zuvor durch ein eigenes Auskunftsbeschwerdeverfahren gem. § 62 Abs. 1 iVm § 23 Abs. 5, 6 GWB.

-
- 1) S. oben § 5, III, 3, f.
 - 2) KG WuW/E OLG 1046, 1047 "Kopierautomaten"; Klaue, in Immenga/Mestmäcker, § 46, Rdnr. 66.
 - 3) S. oben § 5, III, 4, a.
 - 4) S. oben § 6, III, 1, b, bb.
 - 5) S. oben § 5, III, 4, a.

Entgegen den anderslautenden pauschalen Behauptungen 1) stehen die Inhalte informeller Verfahren also nicht dem Gebot effektiver Rechtsschutzmöglichkeit gem. Art. 19 Abs. 4 GG entgegen. Eine unzumutbare Rechtsschutzbeeinträchtigung ist mit ihnen nicht verbunden.

IV. Rechtsfolgen

Die bisherigen rechtlichen Erörterungen bezogen sich auf die Frage der Rechtmäßigkeit der informellen Verfahren. Die gefundenen Ergebnisse haben für sich genommen ihren Aussagewert. Sie bilden zugleich eine Voraussetzung für die Prüfung der Frage, welche Rechtsfolgen sich an die rechtmäßigen oder rechtswidrigen Ergebnisse und sonstigen Inhalte informeller Verfahren knüpfen.

Möglich sind zwei Rechtsfolgen:

Die Ergebnisse und sonstigen Inhalte informeller Verfahren könnten, obwohl sie im Rechtssinne nichts regeln, für den Ausgang der formellen Verfahren gleichwohl bindende Wirkungen entfalten. Und sie könnten Ansprüche der Unternehmen auslösen.

1. Bindungswirkung im formellen Verfahren

Die Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes haben ebenso wie seine Beratungstätigkeit und andere Verhaltensweisen im informellen Verfahren als schlichte Verwaltungshandlungen zunächst nur tatsächliche und keine unmittelbaren rechtlichen Auswirkungen auf das formelle Verfahren. Die sog. feste Zusicherung ist zudem

1) S. Nachw. oben § 6, III, 2, b, ee.

nichtig und unwirksam 1).

Dennoch ist denkbar, daß das Bundeskartellamt aus weiteren Erwägungen heraus im formellen Verfahren an sein früheres Verhalten im informellen Verfahren mittelbar gebunden ist.

a) Negative Tendenzaussage

Bei den negativen Tendenzaussagen ergeben sich allerdings keine Fragen einer bindenden Wirkung dieser Erklärungen im formellen Verfahren.

Jedes Unternehmen ist erfreut, wenn es trotz einer negativen Tendenzaussage im informellen Verfahren schließlich doch noch zu einer Nichtuntersagung kommt.

b) Positive Tendenzaussage

Anders könnte es bei positiven Tendenzaussagen sein. Hier ist zu prüfen, ob das Bundeskartellamt wegen einer positiven Tendenzaussage gehindert sein kann, im formellen Verfahren eine Untersagung zu verfügen, obwohl dafür die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB erfüllt sind.

aa) Anknüpfungspunkte im GWB, BVwVfG

Im GWB finden sich zu diesem Problem keine ausdrücklichen Regelungen.

1) S. oben § 6, III, 2, b, cc.

Vergleichbar mit dem hier zu untersuchendem Sachverhalt ist allenfalls die Frage, ob das Bundeskartellamt trotz einer Unbedenklichkeitsmitteilung gem. § 24 a Abs. 4 Satz 1 1. Halbsatz GWB einen Zusammenschluß später dennoch untersagen darf 1). Diese Frage wird aber negativ unter Zuhilfenahme allgemeiner Prinzipien des Verwaltungsrechts 2) beantwortet und gerade nicht mit Hilfe des GWB, das dafür nichts hergibt.

Auch eine sinngemäße Anwendung der §§ 48, 49 BVwVfG kommt hier nicht in Betracht. Diese Vorschriften regeln die nachträgliche Korrektur eines Verwaltungsaktes, während bei dem hier zu erörternden Problem die bindende Wirkung einer vorgezogenen informellen schlichten Verwaltungshandlung auf das nachfolgende formelle Verfahren in Rede steht. Das Bindungsproblem steht eine Zeitstufe vor dem Korrekturproblem und unterliegt nicht den Rechtsnormen für letzteres.

bb) Selbstbindung der Verwaltung

Als Anknüpfungspunkt für eine bindende Wirkung der positiven Tendenzaussage kommen mangels positivgesetzlicher Regelungen also nur die ungeschriebenen Grundsätze des Verwaltungsrechts in Betracht.

Zu denken ist hier zunächst an den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung. Dabei geht es wie auch bei -----

1) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24 a, Rdnr. 14 f.; Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 190; FK, § 24 a, Tz. 127 ff.

2) FK, § 24 a, Tz. 129.

dem vorliegenden Problem um die Einschränkung der Änderungsbefugnis einer Behörde 1).

Nach dem dogmatisch gesicherten Verständnis von der Selbstbindung der Verwaltung kann eine Behörde allerdings - vor allem bei Ermessensentscheidungen - durch Art. 3 Abs. 1 GG nur bei gleichgelagerten Fällen an eine ständige Praxis gebunden sein, und zwar so, daß sie nur noch bei einer Änderung wesentlicher Umstände von einer solchen Verwaltungspraxis abweichen darf 2): Entscheidungen in gleichgelagerten Fällen binden die Verwaltung für die Zukunft.

Eine derartige Fallkonstellation liegt bei der Frage, ob das Bundeskartellamt an positive Tendenzaussagen aufgrund unterschiedlicher ihm vorgetragener Sachverhalte und vorläufigen rechtlichen Würdigungen in Einzelfällen gebunden bleibt, nicht vor. Hier steht nicht die Aufrechterhaltung einer ständigen Praxis, sondern die Folgerichtigkeit behördlichen Handelns nach einer Einzelfallmaßnahme in Rede. Deshalb kann das klassische Institut der Selbstbindung der Verwaltung für informelle Verfahren nichts hergeben.

In jüngerer Zeit wird aber zuweilen schon dann von 'Selbstbindung' gesprochen, wenn sich die Verwaltung in irgendeiner Weise selbst programmiert und

1) Burmeister, DöV 1981, 503, 509.

2) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31, II, d, S. 201 mwN; ähnlich Ossenbühl, in Erichsen/Martens, AllVerwR, S. 91 mwN in Fußn. 105; Kopp, VwGO, § 114, Rdnr. 41 mwN insbes. auf die Rspr.; Ossenbühl, DöV 1972, 25, 35; Burmeister, DöV 1981, 503, 509; im Kartellrecht (aber terminologisch unklar) Bunte, BB 1980, 1073, 1079.

damit ihr künftiges Handeln einengt 1). Würde man dem folgen, so wäre in der Tat an eine für das formelle Verfahren einengende Wirkung positiver Tendenzaussagen zu denken.

Hier wird der neuartigen Verwendung des Begriffes der Selbstbindung aber nicht gefolgt 2). Bisher dient dieser erweiterte Begriff der Selbstbindung mehr als Analyseinstrument bei der Darstellung moderner Verwaltungstätigkeit 3) denn als dogmatisch verwendbare Grundlage für eine Subsumtion. Als Rechtsinstitut ist er bisher weder von anderen anerkannten Rechtsinstituten wie z. B. dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abgrenzbar noch ausreichend abgesichert. Die in der neueren Diskussion zu Selbstbindungen vorgetragenen rechtlichen Argumente lassen sich dagegen auch auf dogmatisch eingefahrene Geleise setzen.

Durch eine so verstandene 'Selbstbindung' ist das Bundeskartellamt also nicht daran gehindert, einen Zusammenschluß zu untersagen, wenn es zuvor im informellen Verfahren eine positive Tendenzaussage gemacht hat.

- 1) Vor allem auf der Tagung der Staatsrechtslehrer 1982; Scheuing und Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 152 ff., 187 ff.; s. auch die begleitende Literatur: Pietzcker, NJW 1981, 2087 ff.; Burmeister, DÖV 1981, 503 ff.; Ossenbühl, DVBl. 1981, 857 ff.
- 2) Kritisch auch Pietzcker, NJW 1981, 2087, 2088.
- 3) So vor allem für Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187 ff.

cc)

Vertrauensschutz

Das Bundeskartellamt könnte aber durch eine Anwendung des Grundsatzes vom Vertrauensschutz an eine positive Tendenzaussage im formellen Verfahren so gebunden sein, daß es eine Untersagung nicht mehr verfügen darf.

Unstreitig ist dieser Grundsatz eine der tragenden Säulen jedweden behördlichen Handelns mit Verfassungsrang 1). Unterschiedliche Auffassungen bestehen allerdings im Hinblick auf die Herleitung des Vertrauensschutzgedankens 2). Darauf kommt es aber im hier interessierenden Zusammenhang nicht an. Denn Einigkeit herrscht über die tatbestandlichen Voraussetzungen des Grundsatzes vom Vertrauensschutz:

Unter Berücksichtigung aller jeweiligen Umstände des Einzelfalls kann das Interesse eines von einer Verwaltung Begünstigten an der Aufrechterhaltung des begünstigenden Zustandes gewichtiger sein als das öffentliche Interesse an der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes. Im Einzelfall setzt sich das In-

1) Aus der Rspr. des BVerfG s. BVerfGE 13, 261, 271 f.; 49, 168, 185; 50, 244, 250; 59, 128, 166 f.; die Rspr. des BVerwG zusammenfassend: BVerwGE 19, 188, 189 f.; 38, 290, 294; Zur Lit. s. Ossenbühl, DÖV 1972, 25 ff.; Grabitz, DVBl. 1973, 676 ff.; Kisker und Püttner, VVDStRL 32 (1974), 149 ff. bzw. 200 ff.; Burmeister, DÖV 1981, 503, 509 ff.; Huber, in FS BVerwG, S. 313 ff.; Weber-Dürler, Vertrauensschutz, je mwN. Speziell zum Kartellrecht Bunte, BB 1980, 1073, der aber Vertrauensschutz nur bei der Ermessensausübung der Kartellbehörde berücksichtigen will, S. 1079 f.

2) Die Grundlagen des Vertrauensschutzes werden angesiedelt bei dem Rechtsstaatsprinzip und/oder dem Prinzip der Rechtssicherheit, bei dem Grundsatz von Treu und Glauben (übertragen ins öffentliche Recht), bei einer Kombination von beidem. Zuweilen werden die Vertrauensgrundsätze auch schon als selbständige Grundsätze angesehen. Nachw. s. bei den angegebenen Fundstellen in der vorangegangenen Fußnote.

- teresse des Begünstigten dann durch,
- wenn er auf die Aufrechterhaltung des ihn begünstigenden Zustandes tatsächlich vertraut,
 - und wenn sein Vertrauen in Abwägung zu dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist 1).

Zu prüfen ist demnach, ob ein Unternehmen als Adressat einer positiven Tendenzaussage darauf vertraut, daß eine Untersagung im formellen Verfahren nicht verfügt wird, und ob dieses Vertrauen in Abwägung zu dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB schutzwürdig ist.

(1) Vertrauenstatbestand

Ob eine Vertrauenshaltung der Unternehmen gegenüber positiven Tendenzaussagen des Bundeskartellamtes vorliegt, ist Tatfrage, die sich nur in einem konkreten Fall beantworten läßt, der hier nicht geprüft werden kann.

Generell sind Zweifel angebracht, ob man davon ausgehen kann, daß ein Unternehmen allein aufgrund einer positiven Tendenzaussage darauf vertraut, daß eine Untersagung unterbleibt. Wie oben geschildert halten die Unternehmen positive Tendenzaussagen für sehr zuverlässig 2). Aufgrund ihrer Erfahrungen mit dem Bundeskartellamt wissen sie, daß es in der Regel nach einer positiven Tendenzaussage nicht mehr zu einer

1) Zum Kartellrecht s. z. B. die Formulierungen der Voraussetzungen durch KG WuW/E OLG 2240, 2244 "Schuheinkaufsgemeinschaft" u. BGH WuW/E 1717, 1720 f., "Haus- und Hofkanalguß".

2) S. oben § 5, III, 4, b.

Untersagung kommt. Mindestens unternehmensintern treffen viele Unternehmen im Hinblick auf die positive Tendenzaussage schon Dispositionen. Dennoch ist den Unternehmen in der Regel klar, daß die positiven Tendenzaussagen rechtlich nichts regeln 1). Im Grunde wollen die Unternehmen sogar die Unverbindlichkeit der Aussagen des Bundeskartellamtes. Das wird deutlich, wenn man auf die Folgen der negativen Tendenzaussagen schaut. Hier haben die Unternehmen ein Interesse daran, daß es nicht bei der (negativen) Auffassung des Bundeskartellamtes bleibt. Sie vertrauen darauf, daß es ihnen im formellen Verfahren noch gelingt, eine Untersagung vermeiden zu können, wenn sie ihr Vorhaben nicht kraft eigener Entscheidung ohnehin aufgeben. Deshalb werden sie kaum im umgekehrten Fall der positiven Tendenzaussage fest darauf vertrauen, daß dieses Mal das Bundeskartellamt seine Auffassung nicht ändern wird und kann. Wer sich - wie viele Unternehmen - von den informellen Verfahren gerade verspricht, eine erste Meinung des Bundeskartellamtes aufgrund selbst gegebener Informationen kennenzulernen, wird sein weiteres Verhalten von dieser Meinung beeinflussen lassen, aber nicht ohne weiteres darauf sein volles Vertrauen setzen. In der Regel wird sich also mangels Vertrauens-tatbestandes das Problem der Schutzwürdigkeit von Vertrauen nach einer positiven Tendenzaussage gar nicht stellen.

Dennoch ist die Schutzwürdigkeit hier noch zu prüfen. Denn zum einen könnte man in der hier vorgelegten generellen Einschätzung einer tatsächlichen Vertrauenshaltung der Unternehmen anderer Auffassung sein. Und zum anderen ist nicht auszuschließen, daß im

1) S. oben § 5, III, 4, b.

Einzelfall ein Unternehmen dennoch tatsächlich auf die positive Tendenzaussage ganz und gar vertraut. Das ist bei Unternehmen immerhin möglich, die die informellen Verfahren noch nicht so genau kennen.

(2) Schutzwürdigkeit des Vertrauens

Fraglich ist also, ob ein solches im Einzelfall tatsächlich bestehende Vertrauen der Unternehmen auf die positive Tendenzaussage des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren das öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer Untersagung gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB überwiegt.

Grundsätzlich vollzieht sich diese Abwägung nach allen Umständen des Einzelfalls. Sie hat sich aber auch an den Maßstäben zu orientieren, die die Rechtsprechung zum Vertrauensschutz entwickelt hat 1). Danach ist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens für Adressaten einer Auskunft oder einer Zusage zwar nicht ausgeschlossen, aber gewöhnlich überwiegt das öffentliche Interesse am richtigen Vollzug des Gesetzes 2). Und das Vertrauen ist schutzwürdiger, je formalisierter der Vorgang war, der das Vertrauen begründet hat 3). Das muß dann auch umgekehrt gelten.

1) Erichsen/Martens, in dies., AllgVerwR, S. 241; s. die Übersicht bei Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 53, IV, e, S. 462 ff.

2) BVerwG DVBl. 1966, 857, 859 mwN; BVerwGE 44, 82, 87; s. zum Ganzen: Huber, in FS BVerwG, S. 313, 333 f.

3) BVerfGE 2, 380, 393 f.; BVerwGE 13, 28, 32 f.

In Anbetracht dieser Maßstäbe und der Umstände, die zu einer positiven Tendenzaussage führen, ergibt die Abwägung, daß das öffentliche Interesse am Vollzug des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB stärker ins Gewicht fällt als das Vertrauensinteresse der Unternehmen, und zwar aus folgenden drei Gründen.

Der Grund der Begünstigung eines Adressaten einer positiven Tendenzaussage liegt in faktischen Umständen. Vertrauensschutz für das informelle Verfahren würde aus einer faktischen Veränderung eine rechtliche Bindung machen 1). Eine solche Bindung ist aber zum einen vom Bundeskartellamt gerade nicht gewollt. Und zum anderen würde Vertrauensschutz in seiner Wirkung auf diese Weise nicht nur einen bestehenden begünstigenden Zustand aufrechterhalten, sondern einen zusätzlichen Vorteil herbeiführen. Das aber geht über den Schutz eines Vertrauens auf den Bestand eines Zustandes hinaus.

Die Entscheidung über eine Untersagung ist gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene 2), selbst wenn unbestimmte Rechtsbegriffe des § 24 Abs. 1 GWB auf der Tatbestandsseite der Norm nicht die ansonsten übliche Subsumtionstreffsicherheit mit sich bringen. Das Interesse an dem gesetzmäßigen Vollzug einer bindenden Rechtsnorm muß aber stärker sein als das Interesse an dem "Vollzug" einer zuvor erteilten gegen- teiligen Tendenzaussage. Wäre dem nicht so, so könnte das Bundeskartellamt mit dem Instrument der positiven

- 1) Davor warnt insbesondere auch Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 226; abl. auch der im übrigen in diesen Fragen weit gehende Krause, Rechtsformen, S. 335, 340 f.
- 2) Auf den Unterschied zwischen Ermessen und gebundener Entscheidung beim Vertrauensschutz stellt auch ab Kopp, § 38, Rdnr. 7.

Tendenzaussage - unkontrolliert 1) - die zwingende Rechtsfolge des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB unterlaufen. Das informelle Verfahren würde auf diese Weise "stärker" als das formelle, was mit dem Vertrauensschutzgedanken nicht mehr begründet werden kann. Eine positive Tendenzaussage ist nicht das Ergebnis eines formalisierten Verfahrens, auf das sich ein Vertrauensschutz insbesondere stützen kann. Vielmehr führt umgekehrt die Informalität des Verfahrensablaufs vor einer Tendenzaussage zu einem weiteren Grund für die Ablehnung der Schutzwürdigkeit einer Vertrauenshaltung von Unternehmen. Zwar haben Unternehmen, die an einem informellen Verfahren nicht beteiligt werden, kein Recht auf eine solche Beteiligung 2). Aber im formellen Verfahren sind sie dafür gem. § 51 Abs. 2 GWB beteiligt. Ihr Sachvortrag muß wenigstens dort Eingang finden können in die rechtliche Würdigung des Bundeskartellamtes, wenn ihre Beteiligung überhaupt einen Sinn haben soll. Das wäre aber nicht mehr möglich, wenn das Bundeskartellamt durch seine positive Tendenzaussage bereits inhaltlich festgelegt wäre.

Die Verhinderung des Umschlagens einer faktischen Begünstigung in eine rechtliche Bindung, der materiellen Anspruch auf Befolgung einer Rechtsnorm ohne Ermessen und die Beteiligungsrechte Betroffener im formellen Verfahren, das sind die Gründe, die die Schutzwürdigkeit eines Vertrauens von Unternehmen auf die positive Tendenzaussage ausschließen.

1) Die Nichtuntersagung ist mit Rechtsmitteln nicht angreifbar. S. oben § 6, III, 2, b. ee, (2).

2) S. oben § 6, III, 2, a, bb.

Die drei Gründe lassen sich so zusammenfassen: Die Verpflichtung, das Ergebnis des formellen Verfahrens wenigstens rechtlich offen zu halten, erweist sich als stärker als das Vertrauen auf die erste Meinung des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren. Das Abwägungsergebnis ist damit letztlich Folge der Bewertung, daß das Formelle das "Leitseil" für das Informelle bleiben muß 1) und nicht umgekehrt.

Das Bundeskartellamt ist durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes also nicht daran gehindert, im formellen Verfahren unter den Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB einen Zusammenschluß zu untersagen, wenn es im informellen Verfahren eine positive Tendenzaussage gemacht hat.

c) gezielte Beratung

Auch wenn das Bundeskartellamt im informellen Verfahren nicht nur eine positive Tendenzaussage macht, sondern zielgerichtet und mit konkreten Vorschlägen in einem untersagungsträchtigen Fall einen konkreten Rat gibt, wie eine Untersagung zu vermeiden ist 2), ist es in formellen Verfahren trotz des Vertrauensschutzgrundsatzes nicht an einer Untersagung gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB gehindert.

Die Unternehmen mögen in diesem Fall zwar eher auf eine Nichtuntersagung im formellen Verfahren vertrauen, wenn sie sich dem Rat entsprechend verhalten. An der Schutzwürdigkeit eines Vertrauens aufgrund noch schwerer ins Gewicht fallender öffentlicher Interessen fehlt es aber auch hier. Zu den genannten

1) S. oben § 5, V, 1.

2) S. oben § 5, III, 3, e.

Gründen 1) kommt ein weiterer: Die gezielte Beratung ist rechtswidrig 2).

Ein Überwiegen der Unternehmensinteressen würde dazu führen, daß sich eine rechtswidrige Verhaltensweise einer Behörde im informellen Verfahren gegenüber einer gebundenen Rechtsfolgenanordnung des materiellen Rechts durchsetzt. Das ist mit der gegenüber dem materiellen Recht dienenden Funktion des Verfahrens 3) nicht vereinbar.

d) feste Zusicherung

Nichts anderes gilt im Ergebnis dann, wenn das Bundeskartellamt im informellen Verfahren feste Zusicherungen 4) abgibt. Es entsteht durch diese feste Zusicherung keine Bindung dergestalt, daß das Bundeskartellamt entgegen der Zusicherung eine Untersagung gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht mehr verfügen dürfte. Denn eine feste Zusicherung (= Zusage iSv § 38 BVwVfG) im informellen Verfahren ist nichtig, damit unwirksam 5) und deshalb zugleich unverbindlich 6).

Nun wird insbesondere bei nichtigen Zusagen eine Bindung über den Vertrauensschutzgedanken befürwortet, wenn die Nichteinhaltung des Versprochenen zu untragbaren Verhältnissen für den Betroffenen führen würde 7).

1) S. oben § 6, IV, 1, b, cc, (2).

2) S. oben § 6, III, 2, b, aa, (2).

3) S. oben § 6, I, 3, a.

4) S. oben § 5, III, 4, d.

5) S. oben § 6, III, 2, b, cc.

6) Statt aller: Obermayer, § 38, Rdnr. 52, § 44, Rdnr. 5, § 43, Rdnr. 33 und Schwarze, in Knack, § 38, Rdnr. 3.3.6.

7) So Krause, Rechtsformen, S. 300 mwN; offengelassen bei öffentlich-rechtlichem Vertrag bei BVerwGE 49, 359, 363; ablehnend BVerwGE NJW 1981, 363 f.

Das ist für die nichtige feste Zusicherung, gegeben in einem informellen Verfahren, jedoch abzulehnen 1). Hier fehlt es für einen Vertrauensschutz an einem schutzwürdigen Interesse bei den Unternehmen. Denn die Unternehmen wissen oder müssen wissen, daß in informellen Verfahren keine Regelungen getroffen werden können. Sie müssen wissen, daß auch das Bundeskartellamt die Unverbindlichkeit nicht einfach dadurch verbindlich machen kann und darf, daß es sich eines Rechtsinstruments bedient, das verbindlich etwas regelt.

Die Unternehmen beschreiten von sich aus einen Weg, von dem sie wissen und wollen, daß er insbesondere im Negativen (= Untersagung) für sie nichts endgültig verbaut. Deshalb verdienen sie auch dann keinen Schutz, wenn das Bundeskartellamt im Positiven (= Nichtuntersagung) scheinbar verbindliche Versprechungen macht.

e) Abstimmung über das folgende formelle Verfahren

Fraglich bleibt unter dem Gesichtspunkt einer bindenden Wirkung der informellen Verfahren nach alledem nur noch, ob die Ablehnung jeder Bindung auch für die Abstimmungen zwischen Bundeskartellamt und Unternehmen über das folgende formelle Verfahren

2) gilt.

1) Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 141 f.

2) S. oben § 5, III, 4, a.

Grundsätzlich ist das zu bejahen. Ihrem Charakter als gegenseitige good-will-Erklärungen entsprechend 1) sind verfahrensleitende Abstimmungen weder mit Berechtigungen noch mit Verpflichtungen verbunden. Die Verletzung einer derartigen Abstimmung bleibt folgenlos. Ihre Einhaltung ist rechtlich nicht geboten.

Anders ist es dagegen in einem Ausnahmefall. Wenn das Bundeskartellamt einem Unternehmen im informellen Verfahren erklärt, anhand welcher Unterlagen es von der Vollständigkeit der Anmeldung oder Anzeige gemäß § 23 Abs. 5 GWB ausgeht 2), dann ist es an diese Erklärung im formellen Verfahren durch den Grundsatz des Vertrauensschutzes gebunden 3). Ausnahmsweise ist in diesem Fall das Vertrauen der Unternehmen auf die Aufrechterhaltung der Auffassung des Bundeskartellamtes gegenüber dem öffentlichen Interessen an möglichst umfassenden Unterlagen gem. § 23 Abs. 5 GWB schutzwürdig.

Wie erläutert ist es schwierig, unklar und oft zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt streitig, wann eine Anzeige gem. § 23 Abs. 5 GWB vollständig ist 4). Die Rechtsfolgen der Vollständigkeit sind

1) S. oben § 6, III, 1, b, bb.

2) S. oben § 5, III, 4, a.

3) Ebenso Kleinmann/Bechtold, § 24, Rdnr. 127; Mestmäcker, in Immenga/ders., § 24, Rdnr. 157; andeutungsweise BGH WuW/E 1685/1687. In den Funstellen wird allerdings nicht darauf abgestellt, ob die Erklärung des Bundeskartellamtes noch im informellen oder schon zu Beginn des formellen Verfahrens abgegeben wird.

4) S. oben § 5, III, 4, a.

erheblich: Die Fristen beginnen zu laufen 1)). Deshalb haben die Unternehmen ein Interesse daran, daß rasch geklärt wird, ab wann welche Entscheidungsgrundlagen zur Prüfung anstehen. Demgegenüber kann das Interesse der Öffentlichkeit an möglichst umfassenden Unterlagen für das Bundeskartellamt auch ohne Vollständigkeit der Unterlagen bei Prüfungsbeginn zurücktreten. Das Bundeskartellamt kann sich gem. § 23 Abs. 6 und § 46 GWB die erforderlichen Auskünfte anschließend auf andere Weise beschaffen. § 23 Abs. 5 GWB darf nicht den Sinn bekommen, für das Bundeskartellamt als Instrument zur Verzögerung einer Prüfung (= Verlängerung der faktischen Prüfungszeit) zu dienen. Angesichts dieser Interessenlage verdient das Vertrauen eines Unternehmens, dem gegenüber das Bundeskartellamt im informellen Verfahren seine Auffassung über die Vollständigkeit der Anzeige/Anmeldung mitteilt, in der Regel 2) Schutz. Das Bundeskartellamt bleibt an diese Auffassung gebunden, ohne gehindert zu sein, nach Fristbeginn während des formellen Verfahrens die erforderlichen Ermittlungen anzustellen.

Zusammenfassend sei festgestellt:

Abgesehen von diesem zuletzt genannten Ausnahmefall der Abstimmungen über die Vollständigkeit einer Anzeige/Anmeldung haben die Ergebnisse und sonstigen Inhalte informeller Verfahren für den Ausgang des formellen Verfahrens auch mittelbar keine bindenden Wirkungen.

- 1) S. oben § 5, III, 4 a, und § 5, I, 3.
- 2) Außer Acht gelassen wird hier der seltende Sonderfall, daß die Unterlagen des Unternehmens bewußt oder erkennbar unvollständig sind. Siehe hierzu Westrick-Loewenheim, § 24, Rdnr. 66 und Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, § 24, Rdnr. 82.

2. Ersatzansprüche wegen der Ergebnisse informeller Verfahren

Trotz der grundsätzlich fehlenden bindenden Wirkungen informeller Verfahren auf das formelle Verfahren ist nicht ausgeschlossen, daß den Unternehmen wegen der Ergebnisse und sonstigen Inhalte der informellen Verfahren Ersatzansprüche zustehen.

Folgende Fallkonstellationen sind dabei denkbar:

- Das Bundeskartellamt macht im informellen Verfahren eine positive Tendenzaussage, gibt einen gezielten Rat oder macht eine sog. feste Zusicherung. Dennoch untersagt es im formellen Verfahren den Zusammenschluß. Das betroffene Unternehmen verlangt Ersatz des Schadens, der durch sein frühzeitiges Vertrauen auf eine Nichtuntersagung und dem entsprechende Vermögensdispositionen entstanden ist.
- Das Bundeskartellamt macht eine negative Tendenzaussage. Das betroffene Unternehmen gibt sein Zusammenschlußprojekt auf, begehrt aber Schadenersatz oder Entschädigung, weil es meint, die negative Tendenzaussage sei rechtswidrig, habe faktisch ein formelles Verfahren verhindert und mache einen zulässigen Zusammenschluß zunichte.

Kein Ersatzanspruch ist dagegen in folgendem Fall möglich, der deswegen vorab von der Betrachtung ausgeschlossen werden kann:

- Das Bundeskartellamt macht eine negative Tendenzaussage. Das betroffene Unternehmen erreicht im formellen Verfahren eine Nichtuntersagung oder bei Gericht die Aufhebung der Untersagung.

In diesem Fall fehlt es für einen Anspruch bereits an einem ersatzfähigen Schaden. Das Unternehmen hat

letztlich erreicht, was es wollte. Und ein früherer Vollzug des Zusammenschlusses wäre auch ohne die negative Tendenzaussage rechtlich nicht möglich gewesen, da sich die Vollziehungsmöglichkeit allein nach dem Gesetz richtet (§§ 23 Abs. 1, 24 a Abs. 4 und 24 Abs. 8 GWB). Sie hat nichts mit einem informellen Verfahren zu tun.

a) Ansprüche nach Untersagung trotz einer positiven Tendenzaussage, eines gezielten Rates oder einer festen Zusicherung im informellen Verfahren

aa) Amtshaftung

Ein Unternehmen könnte einen Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB iVm Art. 34 GG auf Ersatz des Schadens haben, der dadurch entsteht, daß es im Vertrauen auf eine Nichtuntersagung wegen einer positiven Tendenzaussage, eines gezielten Rates oder einer festen Zusicherung Vermögensdispositionen trifft, das Bundeskartellamt aber im formellen Verfahren den Zusammenschluß untersagt.

Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist zunächst, daß das Bundeskartellamt mit diesem Verhalten eine Amtspflicht gegenüber dem anspruchstellenden Unternehmen verletzt.

Eine Amtspflichtverletzung liegt dann vor, wenn eine Behörde über oder für künftige Entscheidungen unrichtige und nicht sachgerechte Mitteilungen und Zusagen

macht oder Ratschläge gibt 1). Denn es ist Aufgabe und Amtspflicht der Behörden zu verhindern, daß ein Bürger wegen eines behördlichen Verhaltens in einer Weise über seine Angelegenheiten oder Rechte disponiert, die ihn benachteiligt 2).

Für die Beantwortung der Frage, ob eine behördliche Mitteilung, ein Rat oder eine Zusage richtig und sachgerecht ist, kommt es entscheidend darauf an, ob es sich dabei um eine behördliche Verhaltensweise handelt, die geeignet ist, eine Vertrauenslage bei den Adressaten zu schaffen 3). Ist diese Frage zu bejahen, und wird dann das geschaffene Vertrauen durch die spätere behördliche Entscheidung enttäuscht, so sind die behördlichen Mitteilungsakte amtspflichtwidrig.

Zu prüfen ist demnach für die vorliegende Fragestellung, ob und inwieweit eine positive Tendenzaussage, eine sog. feste Zusicherung und eine gezielte Beratung im informellen Verfahren geeignet sind, bei den betroffenen Unternehmen Vertrauen auf eine spätere Nichtuntersagung hervorzurufen.

- 1) Unstr.; s. zur Rspr.: BGH NJW 1970, 1414; BGH DB 1976, 575, 576; BGH NJW 1978, 371, 372; BGH NJW 1980, 2573, 2574. Zur Lit.: Kreft, § 839, Rdnr. 198, 201; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 4 g; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 33.
- 2) BGH NJW 1970, 1414.
- 3) BGH DB 1976, 575, 576; BGH NJW 1970, 1414; BGH WPM 1976, 98, 99;
s. auch Kreft, § 839, Rdnr. 199, 206 mwN.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, diese Frage sei bereits bei dem Problem der bindenden Wirkungen dieser Verhaltensweisen des Bundeskartellamtes negativ beantwortet 1). Vertrauen im Hinblick auf die Richtigkeit und die Sachgerechtigkeit einer behördlichen Erklärung und Vertrauen im Hinblick auf eine bindende Wirkung derselben Erklärung sind jedoch nicht gleichzubehandeln 2). Ersteres ist in seiner Intensität beschränkter als Letzteres. Auch hier bedarf es aber zur Feststellung solchen Vertrauens konkreter Umstände eines einzelnen Falles, die hier nicht geprüft werden können. Generell wird man nach den geschilderten Abläufen informeller Verfahren eine beschränkende Vertrauenshaltung der Unternehmen annehmen können. Wenn die Unternehmen auch nicht darauf vertrauen, daß es nach positiven Äußerungen des Bundeskartellamtes auf keinen Fall mehr zu einer Untersagung kommt, so werden und dürfen sie doch in aller Regel darauf vertrauen, daß das Bundeskartellamt unter den obwaltenden Umständen (vorläufiger Informationsstand, erste Rechtsprüfung) seine Auffassung über die künftige Entscheidung (Untersagung oder Nichtuntersagung) zutreffend und sachgerecht äußert.

Läßt sich im konkreten Einzelfall ein derartig beschränktes Vertrauen der Unternehmen nachweisen, so ist damit noch nicht gesagt, daß dieses Vertrauen durch die spätere Untersagung enttäuscht wird.

Im Fall einer schlichten positiven Tendenzaussage ist das abzulehnen. Geeignet für einen Anknüpfungspunkt

1) S. oben § 6, IV, 1, b, ee; c und d.

2) BGH NJW 1970, 1414; BGH DB 1976, 575, 576 f.

des Vertrauens ist hier nur die Auffassung des Bundeskartellamtes zum Zeitpunkt dieser Erklärung. Das Bundeskartellamt stellt eine Nichtuntersagung nur unter den obwaltenden Umständen in Aussicht. Das Vertrauen der Unternehmen kann sich daher nicht auf die Unveränderbarkeit dieser Umstände beziehen. Ändert sich dann der Sachverhalt im formellen Verfahren und ändert das Bundeskartellamt daraufhin seine Auffassung, so bleibt die positive Tendenzaussage unter den vormals gegebenen Umständen dennoch richtig und sachgerecht. Eine Amtspflichtverletzung liegt also nicht vor. Ein Anspruch gem. § 839 Abs. 1 iVm Art. 34 GG scheidet deshalb bei der positiven Tendenzaussage aus.

Anders kann es bei der festen Zusicherung und bei der gezielten Beratung sein. Hier verpflichtet sich das Bundeskartellamt zu einer späteren Nichtuntersagung 1), bzw. gibt für die Zukunft den genauen Rat, wie eine Untersagung zu vermeiden ist 2). Geeigneter Bezugspunkt für ein Vertrauen der Unternehmen ist hier angesichts der beabsichtigten, wenn auch unwirksamen Zukunftsbindung 3) die Nichtuntersagung im formellen Verfahren. Untersagt nun das Bundeskartellamt entgegen dieser im informellen Verfahren geäußerten Absicht den Zusammenschluß, so wird das auf die Nichtuntersagung gesetzte Vertrauen der Unternehmen enttäuscht, - wenn es tatsächlich bestand. Dafür, daß Vertrauen bestand, hat der Anspruchsteller die Darlegungs- und gegebenenfalls die Beweislast 4). Er

1) S. oben § 6, III, 1, c, aa.

2) S. oben § 5, III, 3, e und § 6, III, 2, b, aa, (2).

3) S. oben § 6, IV, 1, c und d.

4) BGH WPM 1976, 98, 99; s. auch BGH NJW 1978, 371, 372; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 4 g.

muß dartun, daß er tatsächlich auf die Rechtswirksamkeit der festen Zusicherung bzw. des gezielten Rates vertraut hat. Gelingt dies, so erweisen sich die feste Zusicherung und die gezielte Beratung im Fall der späteren Untersagung als unrichtig und nicht sachgerecht.

Eine Amtspflichtverletzung liegt in diesem Fall vor.

Die Amtspflicht zu richtigen und sachgerechten Mitteilungsakten verletzen die Beamten des Bundeskartellamtes durch feste Zusicherungen und gezielte Beratung im informellen Verfahren fahrlässig und damit schuldhaft iSv § 839 Abs. 1 BGB.

Fahrlässigkeit erfordert bei dem von der Rechtsprechung zugrundegelegten objektivierten Verschuldensmaßstab die Außerachtlassung der durchschnittlich gebotenen Sorgfalt eines pflichtgetreuen Beamten 1). Sie liegt hier darin, daß die Beamten des Bundeskartellamtes wissen müssen, daß im informellen Verfahren feste Zusicherungen und eine gezielte Beratung unzulässig sind. Von Beamten kann und muß erwartet werden, daß sie künftige Entscheidungen ihrer Behörde nur dann als gewiß ankündigen, wenn sie sorgfältig geprüft haben, ob die Ankündigung zulässig ist, und ob die Gewißheit über die zukünftige Entscheidung wegen der Unmöglichkeit künftiger Änderungen nicht zweifelhaft ist 2). Im informellen Verfahren ist eine solche Gewißheit über den Ausgang des formellen Verfahrens allein wegen der Stellungnahmen bisher nicht beteiligter Unternehmen aber nicht zu erzielen.

1) S. statt aller nur Kreft, § 839, Rdnr. 289 ff. u. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 44 ff.

2) BGH NJW 1970, 1414.

Ein Amtshaftungsanspruch setzt weiter voraus, daß die schuldhafte Amtspflichtverletzung einen ersatzfähigen Schaden verursacht. Für die Ursächlichkeit zwischen Verletzungshandlung und Schaden ist zu fragen, wie sich die Dinge bei pflichtgemäßem Handeln der Beamten und wie sich in diesem Fall die Vermögenslage des Betroffenen entwickeln würden 1).

Würden sich die Beamten des Bundeskartellamtes pflichtgemäß verhalten, so würde eine feste Zusicherung oder ein gezielter Rat im informellen Verfahren unterbleiben. Wenn das Bundeskartellamt stattdessen gar keine, eine negative oder eine schlichte Tendenzaussage abgeben würde, so wäre in keinem Fall ein solches Verhalten geeignet, ein Vertrauen auf eine bereits jetzt als sicher zu erwartende Nicht-Untersagung im formellen Verfahren hervorzurufen und damit vermögensrechtliche Dispositionen im Vorgriff auf den Zusammenschluß nahezulegen.

Trifft ein Unternehmen aber im Vertrauen auf die amtspflichtwidrigen Mitteilungsakte des Bundeskartellamtes (feste Zusicherung, gezielte Beratung) derartige Vermögensdispositionen, die sich später wegen der - unerwarteten - Untersagung als vertan erweisen, und würde es sie bei unterbliebener fester Zusicherung oder gezielter Beratung nicht treffen, so liegt in dem Wert dieser fehlgeschlagenen Vermögensdispositionen ein ersatzfähiger Schaden iSv § 839 Abs. 1 BGB iVm Art 34 GG.

Für das tatsächliche Vorhandensein eines Schadens aufgrund des Vertrauens in die Rechtswirksamkeit der behördlichen Ankkündigung trägt der Anspruch-

1) BGH VersR 1981, 256, 257; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 10 a.

steller die Darlegungs- und Beweislast 1).

Im Falle einer Untersagung nach einer festen Zusicherung oder einer gezielten Beratung im informellen Verfahren kann also ein Unternehmen einen Anspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB iVm Art. 34 GG geltend machen, wenn es auf die Wirksamkeit dieser Handlungen des Bundeskartellamtes tatsächlich vertraut hat, und wenn ihm wegen dieses Vertrauens ein Schaden durch nachteilige Vermögensdispositionen im Hinblick auf die als sicher erwartete Nichtuntersagung entstanden ist.

bb) öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis

Zweifelhaft ist dagegen, ob ein Unternehmen nach einer Untersagung trotz vorheriger positiver Tendenzaussage, fester Zusicherung oder gezielter Beratung im informellen Verfahren Ansprüche geltend machen kann, die mit einer Haftung aus einem öffentlichrechtlichen Schuldverhältnis zu begründen sind.

Ob eine solche Haftung bei Auskünften, Ratschlägen oder informellen Verfahren bestehen kann, ist streitig 2).

- 1) BGH WPM 1976, 98, 99; s. auch BGH NJW 1978, 1522, 1523 f.
- 2) Bejahend: Krause, Rechtsformen, S. 334; Degenhardt, AöR 103 (1978), S. 163, 201 ff., 203; bejahend, aber neue, gewichtige Fragen aufwerfend: Pietzker, NJW 1981, 2087, 2088; ablehnend: Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 220; Bohne, Informaler Rechtsstaat, S. 142; allg. darstellend Molkentin, SHAnz. 1975, 108.

Die Meinungen, die eine Haftungsmöglichkeit bejahen, gehen von einem mehr oder weniger einverständlichen Vorausvollzug durch informelle Verfahren, von einer bevorstehenden Einigung zwischen Behörde und Bürger aus 1). Davon kann jedoch im Verhältnis zwischen Bundeskartellamt und Unternehmen nicht die Rede sein. Die positive Tendenzaussage ist ebenso wie die feste Zusicherung eine einseitige schlichte Verwaltungsmaßnahme und hat mit einer Einigung nichts zu tun 2).

Selbst wenn man aber im Hinblick auf die rechtswidrige gezielte Beratung anderer Auffassung sein sollte und an Ansprüche aus z.B. culpa in contrahendo denkt, besteht kein Ersatzanspruch der Unternehmen. Denn dieser setzt zwischen dem Bundeskartellamt und den Unternehmen das Bestehen eines verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses voraus.

Der Begriff des verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses ist zwar nicht eindeutig bestimmt und von der Rechtsprechung weitgehend kasuistisch eingegrenzt worden 3). Es wird aber stets auf ein besonders enges Verhältnis des einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung 4), zum Teil auch auf -----

1) S. die bejahenden Stellungnahmen in Fußn. 2, auf der vorigen Seite, dazu insbesondere die Rspr: OVG Münster, DÖV 1971, 276; DVBl. 1972, 614; BVerwG DÖV 1974, 133, 134; BGHZ 71, 386, 392.

2) S. oben § 6, III, 1, b, aa.

3) Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 230 f; Rübner, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 516 f. mwN auf die Rspr.

4) So grundlegend BGHZ 21, 214, 218 und danach wiederkehrende Rspr.: z. B. BGH VersR 1963, 477, 478 f.; BGH NJW 1974, 1816 mwN.

eine fürsorgerische Tätigkeit des Staates für den einzelnen 1) abgestellt. Zusätzlich wird ein Bedürfnis für die Anwendung des Schuldrechts mangels ausdrücklicher anderer gesetzlicher Regelungen 2) verlangt.

An beidem fehlt es. Bundeskartellamt und Unternehmen stehen sich grundsätzlich nicht gegenüber wie Vertragspartner (Benutzer und Leistender, Verwahrungsgeber und -nehmer) 3). Sie bleiben potentielle Eingriffsverwaltung einerseits und allgemeiner, nicht besonders ausgezeichnete Rechtsunterworfenen andererseits. Gerade weil die informellen Verfahren zurgängigen Praxis geworden sind, haftet ihnen das Besondere immer weniger an. Informelle Verfahren werden jedermann angeboten. Sie sind nicht Ausdruck einer speziellen Fürsorge. Und gegen Rechtsverstöße hilft ausreichend das Amtshaftungsrecht gemäß § 839 BGB iVm Art. 34 GG. Insofern mangelt es auch nicht an einer anderen gesetzlichen Bestimmung.

Auch aus verwaltungsrechtlichem Schuldverhältnis gibt es also keine Ansprüche der Unternehmen nach positiven Tendenzaussagen, nach einer rechtswidrigen Beratung oder nach einer nichtigen sogenannten festen Zusicherung, wenn es später doch zu einer Untersagung kommt.

- 1) BGHZ 21, 214, 220; str., ablehnend vor allem Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S.231.
- 2) BGHZ 21, 214, 218.
- 3) Das sind die anerkannten Fälle, bei denen ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis bejaht wird; s. Rübner, in Erichsen/Martens, Allg VerwR, S. 517 mwN.

Die einzige Haftungsgrundlage für die Unternehmen nach einer positiven Erklärung des Bundeskartellamtes, in welcher Variation auch immer, bietet das Amtshaftungsrecht.

b) Ansprüche nach negativer Tendenz-
aussage und Aufgabe des Zusammenschluß-
projekts ohne formelles Verfahren

Gibt ein Unternehmen nach einer negativen Tendenzaussage sein Zusammenschlußprojekt auf, ohne ein formelles Verfahren durch Anmeldung oder Anzeige in Gang zu setzen, so ist denkbar, daß es dennoch Ansprüche stellt, wenn es der Meinung ist, die negative Tendenzaussage sei rechtswidrig oder habe faktisch ein formelles Verfahren verhindert 1).

aa) Amtshaftung

Ein Amtshaftungsanspruch gem. § 839 Abs. 1 BGB iVm Art. 34 GG besteht in diesem Fall allerdings nicht.

Eine Amtspflichtsverletzung läge zwar ausnahmsweise vor, wenn die negative Tendenzaussage rechtswidrig ist, z. B. weil das Bundeskartellamt eine negative Tendenzaussage macht, die als Untersagung nach Abschluß des formellen Verfahrens nicht ergehen könnte (sog. weitergehende Tendenzaussage) 2).

1) S. oben § 6, III, 1, a, aa.

2) S. oben § 6, III, 2, b, bb.

Ein Unternehmen, das schon nach einer negativen Tendenzaussage sein Zusammenschlußprojekt aufgibt, kann aber einen Schaden dadurch abwenden, daß es den Weg in das formelle Verfahren geht und dort eine Nichtuntersagung erreicht. Eine Ersatzpflicht ist deshalb nach § 839 Abs. 3 BGB ausgeschlossen.

Rechtsmittel iSv § 839 Abs. 3 BGB sind alle Rechtsbehelfe, die sich gegen die schädigende Amtspflichtverletzung selbst richten und zur Schadensabwendung geeignet sind 1). Das formelle Verfahren kann als Ergebnis zur Nichtuntersagung führen, womit das betroffene Unternehmen seinen geplanten Zusammenschluß vollziehen kann. Die Anmeldung /Anzeige eines Zusammenschlußprojekts im formellen Verfahren ist daher als Rechtsmittel in diesem Sinne anzusehen.

Unterläßt ein Unternehmen diesen Weg in das formelle Verfahren und entsteht ihm deswegen durch die mangelnde Möglichkeit, den geplanten Zusammenschluß zu vollziehen, ein Schaden, so muß man dieses Unterlassen als schuldhaft iSv § 839 Abs. 3 BGB bezeichnen.

Wissentlich verzichtet ein solches Unternehmen gewollt auf einen Rechtsbehelf, der den Schaden abwenden könnte, weil es sich davon nichts verspricht. Es ist aber nicht der Sinn der Amtshaftung, einen Schaden erst entstehen zu lassen, um ihn dann als Lohn für eigene Untätigkeit dem Staat in Rechnung zu stellen 2). Der Schadenersatzanspruch bei rechtswidrigem Handeln des Staates ist gegenüber den Möglichkeiten, dieses

1) BGHZ 28, 104, 106; BGH VersR 1963, 849, 850; BGH NJW 1978, 1522, 1523; ausf. mwN Kreft, § 839, Rdnr. 529 - 531.

2) BGHZ 56, 57, 63.

Handeln abzustellen, subsidiär 1).

Ein Unternehmen, das sich im informellen Verfahren durch eine negative Tendenzaussage rechtswidrig behandelt sieht, muß daher vor einem Schadensersatzanspruch zunächst das Risiko des Ausgangs des formellen Verfahrens auf sich nehmen. Der Vorteil der Informalität hat auch insofern seinen rechtsstaatlichen Preis.

§ 839 Abs. 3 BGB steht einem Amtshaftungsanspruch auch in den Fällen entgegen, in denen sich aus wirtschaftlichen Gründen eine negative Tendenzaussage wie eine Untersagung selbst auswirkt, ohne dennoch rechtlich eine Verfügung zu sein 2). Auch hier verzichten die Unternehmen bewußt auf ein Rechtsmittel iSv § 839 Abs. 3 BGB, wenn sie nicht den Weg des formellen Verfahrens gehen oder gehen können. Das Schadensersatzrecht kann nicht den Sachverhalt nachträglich korrigieren, daß selbst das formelle Verfahren des GWB für manche wirtschaftliche Konstellationen überhaupt ungeeignet ist 3). Dem Staat kann nicht das Risiko dafür aufgebürdet werden, daß ein Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht einmal mehr ein gesetzlich vorgesehenes Verfahren durchstehen kann.

bb) enteignungsgleicher/enteignender
Eingriff

Auch Ansprüche aus enteignungsgleichem oder enteignendem Eingriff stehen einem Unternehmen nicht zu, das aufgrund einer negativen Tendenzaussage sein Zu-

1) MünchKomm.-Papier, § 839, Rdnr. 211.

2) S. oben § 6, III, 1, a, aa (z. B. wenn in Sanierungsfällen ein Unternehmen das formelle Verfahren nicht mehr "überleben" würde).

3) S. oben § 6, III, 2, b, ee, (2), β.

sammenschlußprojekt aufgibt.

Ein solcher Anspruch scheitert an dem notwendigen Eingriffsobjekt. Dabei muß es sich nämlich um rechtlich geschützte gegenwärtige Vermögenswerte handeln. Die Beeinträchtigung von Zukunftschancen fällt aus dem enteignungsgleichen/enteignenden Eingriff heraus 1). Und um eine solche Beeinträchtigung von Zukunftschancen geht es bei den Auswirkungen negativer Tendenzaussagen auf die Vermögenslage der Unternehmen. Betroffen wird durch die negative Tendenzaussage nur die Einschätzung der Chance, in Zukunft einen Zusammenschluß verwirklichen zu können.

Ein Unternehmen hat keine Ansprüche, wenn es ohne ein formelles Verfahren schon nach einer negativen Tendenzaussage sein Zusammenschlußprojekt aufgibt.

3. Kosten

a) Gebühren für informelle Verfahren

Informelle Verfahren zeichnen sich in der Regel dadurch aus, daß sie schnell und ohne großen Aufwand zu einem Ergebnis, meist einer Tendenzaussage, führen. Das kann aber auch anders sein. Teilweise werden Ermittlungen angestellt 2) oder in anderer Weise aufwendige Anstrengungen durch das Bundeskartellamt unternommen. Insbesondere in diesen Fällen ist zu

1) BGHZ 34, 188, 190 f.; BGH NJW 1962, 2347 f.; BGH NJW 1976, 1312, 1313; s. auch Rübner, in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 459, 500.

2) S. oben § 5, III, 3, f.

fragen, ob die informellen Verfahren mit all den gezeigten Vorteilen für die Unternehmen kostenlos sind oder sein dürfen.

In § 80 Abs. 2 GWB sind die gebührenpflichtigen Handlungen des Bundeskartellamtes abschließend aufgeführt 1). Die informellen Verfahren sind dort nicht genannt. Eine Gebührenschuld entsteht gemäß § 80 Abs. 9 iVm § 2 Abs. 1 KartKostV 2) erst mit dem Eingang des Antrages oder der Anmeldung beim Bundeskartellamt, soweit ein Antrag oder eine Anmeldung notwendig ist. Das informelle Verfahren findet aber vorher statt.

Aus beiden Gründen kann das Bundeskartellamt für informelle Verfahren als solche also keine Gebühren erheben.

b) Anrechnung des informellen Verfahrens
im späteren formellen Verfahren

Das könnte aber anders sein, wenn es - z. B. nach einer positiven Tendenzaussage - zu einem gebührenpflichtigen formellen Verfahren kommt.

Hier wäre zu überlegen, ob das Bundeskartellamt berechtigt oder sogar verpflichtet ist, gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 GWB den Aufwand des informellen Verfahrens bei der Bemessung der Gebührenhöhe zu berücksichtigen. Ein Beschluß des Kammergerichts weist in diese Richtung im Falle einer sogenannten Vorprüfung für eine gebührenpflichtige Kartellanmeldung 3).

1) Sauter, in Immenga/Mestmäcker, § 80, Rdnr. 11.

2) § 2 KartKostV stimmt mit § 10 Abs. 1 VwKostG überein.

3) KG WuW/E OLG 1297 f.

Aufgrund ausdrücklicher Regelung in § 80 Abs. 5 Nr. 1 GWB dürfen Gebühren aber nicht erhoben werden für mündliche und schriftliche Auskünfte und Anregungen. Diese Vorschrift betrifft zwar nicht unmittelbar die hier genannte Überlegung, denn hier wird gefragt, ob nach Entstehung einer Gebührenschuld der Aufwand vor der Entstehung in Rechnung zu stellen ist. Außerdem sind Auskünfte und Anregungen im Sinne von § 80 Abs. 5 Nr. 1 GWB nicht ohne weiteres mit den Inhalten informeller Verfahren gleichzusetzen.

Dennoch läßt § 80 Abs. 5 Nr. 1 GWB in Verbindung mit dem abschließenden § 80 Abs. 2 GWB folgende Wertung klar erkennen: Wenn das Bundeskartellamt in anderer Weise als durch formelle Verwaltungstätigkeit helfend, ratgebend und somit nichteingreifend tätig wird, dann sollen dafür keine Gebühren erhoben werden können. Und das gilt unabhängig davon, ob zur Vorbereitung einer Auskunft umfangreiche und aufwendige Arbeiten erforderlich sind.

Diese Wertung setzt sich gegenüber einer möglichen Anwendung von § 80 Abs. 3 Satz 1 GWB durch. Sie verbietet eine spätere Anrechnung eines Verwaltungsaufwandes, der im informellen Verfahren anfällt, einem Verfahren, das immerhin auskunftsähnlichen Charakter hat.

Eine Gebührenschuld und damit auch die Berechnungsgrundlage für die Gebührenhöhe entsteht für Unternehmen, die das Bundeskartellamt mit einem informellen Verfahren beschäftigen, erst mit dem formellen Verfahren und nur insoweit, als dann gem. § 80 Abs. 3 Satz 1 GWB in diesem Verfahren ein besonderer Aufwand zu berücksichtigen ist. Greift das Bundeskartellamt nach einem aufwendigen informellen Verfah-

ren im formellen Verfahren lediglich auf die schon erbrachte Arbeit zurück, so ist dieser Gesichtspunkt dementsprechend auch nicht gebührenmindernd zu berücksichtigen.

Die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt sind deshalb gebührenrechtlich als kostenneutral zu bezeichnen, d. h. sie sind für die Unternehmen umsonst und weder gebührenerhöhend noch gebührenmindernd zu berücksichtigen.

§ 7

ABWEICHUNGEN BEI INFORMELLEN VERFAH- REN AUßERHALB DER FUSIONSKONTROLLE

Die bisherigen rechtlichen Erörterungen berücksichtigen in besonderer Weise die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle.

Dennoch gelten die gefundenen Ergebnisse und Begründungen auch entsprechend für andere informelle Verfahren, von wenigen Abweichungen abgesehen.

I. Beteiligungsrechte am informellen Verfahren

Wie bei der Fusionskontrolle werden auch bei den informellen Verfahren außerhalb der Fusionskontrolle Verfahrensrechte Beteiligter nicht verletzt, allerdings noch aus einem zusätzlichen Grund.

Denn entweder gibt es keinen weiteren Beteiligten neben dem, der das Verfahren betreibt - auch nicht im formellen Verfahren -, so etwa bei Verfahren im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kartelle. Oder aber die Unternehmen legen schon im informellen Verfahren von sich aus oder auf Betreiben des Bundeskartellamtes die Stellungnahmen der Unternehmen oder Wirtschaftsvereinigungen bei 1), die das Gesetz für das formelle Verfahren vorschreibt (z. B. § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Bei informellen Verfahren im Zusammenhang mit den Lizenzverträgen wird sogar vom Bundeskartellamt bereits in diesem Stadium die Gegenseite (Lizenzgeber oder -nehmer) in aller Regel direkt beteiligt 2).

II. Kein Alles- oder-Nichts-Prinzip

Eine Abweichung gegenüber den informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle ist bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit im Hinblick auf das Alles-oder-Nichts-Prinzip auszumachen.

1. Grundsatz

Im Bereich der Fusionskontrolle bedeutet dieses Prinzip, daß ein Zusammenschluß ohne die Möglichkeit von Nebenbestimmungen nur entweder zu untersagen oder nicht zu untersagen ist 3).

- 1) S. oben § 4, I, 6, b; bei Konditionenempfehlungen s. insbes. TB des BKartA 1977, BT Drucks. 8/1925, S. 15.
- 2) S. oben § 4, I, 2, b, cc.
- 3) S. oben § 6, III, 2, b, aa.

Außerhalb der Fusionskontrolle gibt es ein solches Prinzip nicht. Dem Bundeskartellamt ist für sein Tätigwerden ein Ermessen eingeräumt,

- bei der Aufsicht über Kartelle gemäß § 11 Abs. 4, 12 Abs. 1, 3 GWB 1),
- bei Austauschverträgen gemäß § 17 Abs. 1, 18 Abs. 1, 20 Abs. 3 GWB,
- bei der Aufsicht über marktmächtige Unternehmen gemäß § 22 Abs. 5, 6, 37 a Abs. 2, 3 GWB,
- bei Wettbewerbsregeln gemäß § 31 Abs. 1 GWB,
- bei Empfehlungen gemäß § 38 Abs. 3, 38 a Abs. 3 GWB
- und für das objektive Untersagungsverfahren gemäß § 37 a Abs. 1, 2 GWB.

Dieses Ermessen bezieht sich sowohl auf die Frage, ob das Bundeskartellamt eingreift, als auch darauf, wie es aktiv wird 2).

Wenn aber sogar trotz gebundener Verfügungen im formellen Verfahren (wie bei der Fusionskontrolle) schlichtes Verwaltungshandeln im informellen Verfahren wie geschildert grundsätzlich nicht rechtswidrig ist 3), dann gilt das erst recht bei nicht gebundenen, im Ermessen stehenden Verfügungen im formellen Verfahren. Wer im formellen Verfahren in seinen Gestaltungsmöglichkeiten nach pflichtgemäßem Ermessen frei ist, kann im entsprechenden informellen Verfahren nicht weniger frei sein als der, der im formellen

- 1) Nur ausnahmsweise in krassen Fällen muß das BKartA tätig werden, § 11 Abs. 5 GWB.
- 2) Unstr.: vgl. nur Immenga, in ders./Mestmäcker, § 12, Rdnr. 54. Es gibt selbstverständlich nach allg. Verwaltungsrecht Fälle einer Ermessensreduzierung auf Null. Diese können hier aber außer Betracht bleiben, denn insoweit gilt das zur Fusionskontrolle Gesagte entsprechend.
- 3) S. oben § 6, III, 2, b, aa, (1).

Verfahren gebunden ist.

In allen Ermessensfällen des formellen Verfahrens ist schlichtes Verwaltungshandeln durch informelle Verfahren in den dargestellten Erscheinungsformen also grundsätzlich rechtmäßig.

2. Beratungspraxis

Eine Auswirkung des Alles-oder-Nichts-Prinzips bei der Fusionskontrolle ist die, daß eine gezielte Beratung der Unternehmen im informellen Verfahren durch das Bundeskartellamt mit konkreten Gestaltungsvorschlägen und dem Ziel, ein untersagungsträchtiges Zusammenschlußprojekt so zu verändern, daß eine Untersagung vermieden wird, rechtswidrig ist 1).

Das ist bei den übrigen informellen Verfahren anders. Hier ist die ständige Beratungspraxis, die insbesondere bei Lizenzverträgen und Konditionenempfehlungen bis hin zu konkreten Formulierungsvorschlägen geht 2), rechtmäßig.

Das ergibt sich nicht allein daraus, daß es außerhalb der Fusionskontrolle ein Alles- oder-Nichts-Prinzip nicht gibt. Der entscheidende Unterschied zwischen einer Beratung in informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle und innerhalb anderer informeller Verfahren ist dieser: Geht es bei der Fusionskontrolle in der Sache um die behördliche Beihilfe zu einer Art von Gesetzesumgehung, so dient in den anderen Fällen die Beratung dem Vorbeugen von ansonsten verbotenen, zum Teil ordnungswidrigen unternehmerischen Verhaltensweisen. Es ist angesichts des

1) S. oben § 6, III, 2, aa, (2).

2) S. oben § 4, I, 2, b, cc.

Sinns und Zwecks von § 24 Abs. 1, 2 GWB nicht Aufgabe des Bundeskartellamtes, den Unternehmen kostenlos aus einer wettbewerbsschädigenden Zwickmühle zu helfen. Dagegen ist es vom Gesetz her - auch wettbewerbspolitisch - nur erwünscht, wenn das Bundeskartellamt dazu beiträgt, daß sich Kartelle, Lizenzverträge, Wettbewerbsregeln oder Konditionenempfehlungen im Rahmen des Erlaubten halten. Im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle hat das Bundeskartellamt die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 GWB nur zu prüfen. Dabei darf es sich auch des Instruments der informellen Verfahren bedienen. Bei anderen Kontrolltätigkeiten hat das Bundeskartellamt dagegen nach pflichtgemäßem Ermessen Gesetzesverstöße mit einem breit gefächerten Gestaltungsinstrumentarium möglichst zu verhindern. In diese Aufgabe fügt sich auch eine gezielte Beratung im ohnehin zulässigen informellen Verfahren ein.

Sie ist - anders als bei der Fusionskontrolle - rechtmäßig.

III. Bindungswirkung im formellen Verfahren

Abweichungen im Ergebnis gibt es auch im Hinblick auf bindende Wirkungen des informellen Verfahrens auf das formelle Verfahren. Bei informellen Verfahren im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle ist eine bindende Wirkung einer positiven Tendenzaussage, einer gezielten Beratung oder einer festen Zusicherung auf das folgende formelle Verfahren abzulehnen 1). Das ist bei den übrigen informellen Verfahren in beschränktem Umfange anders.

1) S. oben § 6, IV, 1, b, cc, (2).

1. Positive Tendenzaussage

Bei diesen informellen Verfahren kann über den Vertrauensschutzgedanken 1) eine Bindung an eine positive Tendenzaussage des informellen Verfahrens durchaus eintreten.

Die öffentlichen Interessen sind hier gegenüber den Vertrauensinteressen der Beteiligten geringer zu bewerten als bei der Fusionskontrolle. Zum einen entfällt in aller Regel das über § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB rechtlich geschützte Interesse Dritter, am formellen Verfahren einflußnehmend beteiligt zu werden, was durch eine bindende Wirkung des informellen Verfahrens beeinträchtigt würde. Denn entweder gibt es wie bei Kartellen solche Dritte nicht, oder Dritte werden bereits im informellen Verfahren - wie insbesondere bei Lizenzverträgen und bei Konditionenempfehlungen - beteiligt 2).

Und zum anderen ist vor allem eine Vertrauenshaltung der Unternehmen nicht wie bei der Fusionskontrolle auf das Unterlassen einer gebundenen Verfügung (= Untersagung) gerichtet. Vielmehr geht es bei den übrigen informellen Verfahren nur um die Nichteinleitung eines formellen Verfahrens, die ebenso wie dessen Ergebnis im Ermessen des Bundeskartellamtes steht.

Eine positive Tendenzaussage z. B. bei einer Konditionenempfehlung kann nur darauf gerichtet sein, daß das Bundeskartellamt einer Anmeldung gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 3 GWB keine Bedenken entgegensetzen wird. Gegenstand der bindenden Wirkung über den Vertrauensschutz kann deshalb nur sein, daß ein im

1) S. oben § 6, IV, 1, b, ee.

2) S. oben § 4, I, 2, b, cc.

Ermessen stehendes Mißbrauchsverfahren gemäß § 38 Abs. 3 GWB nicht eingeleitet wird und daß, nach einer Anmeldung antizipativ geprüft, Mißbrauchs-tatbestände nicht vorliegen. Ähnlich ist es bei den anderen informellen Verfahren außerhalb der Fusions-kontrolle.

Das öffentliche Interesse an der Einleitung eines Verfahrens, das auch im Hinblick auf die Art der Durchführung im Ermessen des Bundeskartellamtes steht, ist aber deutlich geringer zu veranschlagen als das öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer gebundenen Verfügung in einem auch zwingend durchzuführenden formellen Verfahren.

Wenn das Bundeskartellamt durch eine positive Tendenzaussage also einen Vertrauenstatbestand im Hinblick auf ein Ermessensverhalten im formellen Verfahren tatsächlich schafft, dann verdient das Interesse des vertrauenden Unternehmens an der Erfüllung der dadurch gesetzten Erwartungen Schutz. Das Bundeskartellamt ist im formellen Verfahren an seine Tendenzaussage gebunden.

Das kann aber nicht dazu führen, daß das Bundeskartellamt durch die positive Tendenzaussage im Ergebnis vollständig gebunden wäre. Es hat vielmehr bei seiner unverändert gebotenen Ermessensausübung im formellen Verfahren nur das durch die Tendenzaussage veranlaßte geschützte Vertrauensinteresse bindend zu berücksichtigen 1). Soweit, aber auch nur soweit, das Bundeskartellamt im informellen Verfahren tatsächlich Ermessenserwägungen anstellt, die es im formellen Verfahren auch anstellen müßte und anstellen

1) Ähnlich Kopp, § 38, Rdnr. 7.

wird, ist das Bundeskartellamt durch die positive Tendenzaussage im Wege des Vertrauensschutzes daran später gebunden. An anderen, pflichtgemäß anzustellenden Ermessenserwägungen, die nicht Grundlage der Tendenzaussage und damit des Vertrauensschutzes waren und sein konnten, ist es dagegen nicht gehindert.

Zwar gibt es Stimmen gegen einen so eingeschränkten Vertrauensschutz bei informellen Verfahren 1). Sie lassen aber entweder eine Begründung vermissen 2), so daß eine Auseinandersetzung mit ihnen nicht möglich ist. Oder aber die Begründung ist auf die hier untersuchten Fälle nicht übertragbar. Das Bundeskartellamt hat z. B. Vertrauensschutz in einem Fall abgelehnt 3). Gerade diese Entscheidung deutet aber eher auf eine Bejahung von Vertrauensschutz durch das Bundeskartellamt für die hier interessierenden Fälle hin. Denn das Bundeskartellamt stellte zu Begründung dieser negativen Entscheidung ausdrücklich auf eine neue gesetzliche Lage ab, die eine sich bildende Verwaltungspraxis noch nicht zugelassen habe. Daraus kann man durchaus entnehmen, daß das Bundeskartellamt einen Vertrauensschutz im Falle einer stabilen Verwaltungspraxis eher bejaht als ablehnt.

Anders als bei der Fusionskontrolle gibt es also bei anderen informellen Verfahren einen begrenzten Vertrauensschutz: Das Bundeskartellamt ist bei Ermessens-

1) Benisch, im GK, § 38 Abs. 2, Rdnr. 135 spricht davon, daß das BKartA "ohne rechtliche Verpflichtung" sei; BKartA WuW/§ 1989, 1997 "Druckereikonditionen".

2) So Benisch, ebenda.

3) BKartA WuW/E 1989, 1997 "Druckereikonditionen".

entscheidungen im formellen Verfahren an positive Tendenzaussagen des informellen Verfahrens gebunden, wenn und insoweit dieselben anzustellenden Ermessenserwägungen Vertrauensgrundlage der positiven Tendenzaussage waren.

2. Beratung

Eine bindende Wirkung des informellen Verfahrens ergibt sich außerhalb der Fusionskontrolle auch aus einer gezielten Beratung im informellen Verfahren. Denn eine Beratung ist - anders als bei der Fusionskontrolle - hier ebenso zulässig ¹⁾ wie eine positive Tendenzaussage. Das Vertrauen beim Beratungsempfänger ist deshalb sogar schutzwürdiger als dasjenige, das der Empfänger nur einer positiven Tendenzaussage genießt. Deswegen ist hier eine Bindungswirkung erst recht gegeben: Das Bundeskartellamt darf in der Sache im formellen Verfahren nur so entscheiden, wie es im informellen Verfahren beraten hatte.

3. Feste Zusicherungen

Wenn das Bundeskartellamt in informellen Verfahren außerhalb der Fusionskontrolle über positive Tendenzaussagen hinaus feste Zusicherungen im Hinblick auf ein späteres Verhalten gibt, gilt das zu den positiven Tendenzaussagen Ausgeführte in gleicher Weise. Das Bundeskartellamt ist an bereits angestellte Ermessenserwägungen, die Vertrauensgrundlage der Zusicherung waren, aber auch nur an diese, gebunden.

1) S. oben § 7, II, 2.

Das Folgeverhalten, auf das sich eine feste Zusicherung hier bezieht, ist nämlich kein Verwaltungsakt (bzw. ein Unterlassen desselben) wie bei der Fusionskontrolle, sondern ein schlicht hoheitliches Handeln. Darauf findet § 38 BVwVfG aber keine Anwendung 1). Feste Zusicherungen außerhalb des Fusionskontrollen unterliegen daher weder den strengen Anforderungen, die § 38 BVwVfG aufstellt, noch haben sie die verbindlichen begünstigenden Folgen einer Zusage. Sie sind rechtlich nach den gleichen Grundsätzen des allgemeinen und ungeschriebenen Vertrauensschutzrechts zu behandeln wie die positiven Tendenzaussagen. Sie haben daher auch die dargestellte eingeschränkte bindende Wirkung auf das formelle Verfahren.

IV.

Keine weiteren Abweichungen

Weitere Abweichungen von Ergebnissen und Begründungen der rechtlichen Würdigung im Zusammenhang mit informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle sind bei den anderen informellen Verfahren nicht gegeben.

Auf eine Wiederholung oder "Übersetzung" dieser Ergebnisse im Hinblick auf die anderen informellen Verfahren kann verzichtet werden: Diese für die Fusionskontrolle entwickelten Ergebnisse und Begründungen gelten entsprechend für die anderen informellen Verfahren.

1) Statt aller: Stelkens, in ders./Bonk, Leonhardt, VwVfG, § 38, Rdnr. 5.

3. ABSCHNITT: RECHTSPOLITISCHE BEMERKUNGEN

§ 8 WERTUNG DER PRAXIS INFORMELLER VERFAHREN BEIM BUNDESKARTELLAMT

Die diese Arbeit abschließende knappe rechtspolitische Wertung der Praxis informeller Verfahren beim Bundeskartellamt muß von Feststellungen ausgehen, die sich aus der Darstellung und der rechtlichen Würdigung dieser Praxis ergeben:

- Unabhängig von Verwaltungsstrukturen und der Art des formellen Verfahrensrechts hat sich beim Bundeskartellamt die feste Praxis informeller Verfahren herausgebildet. Ein Vergleich mit den Ergebnissen der Organisationssoziologie 1) und ein Blick auf andere Rechtsgebiete 2) zeigen, daß informelle Verhaltensweisen stets neben formellen Regelungen existieren.
- Die Praxis informeller Verfahren erweist sich, von den dargelegten Ausnahmen abgesehen, als im großen und ganzen rechtmäßig.
- Entgegen einem möglichen ersten Eindruck erhöht die Praxis informeller Verfahren beim Bundeskartellamt die Sicherheit bei der Anwendung des GWB.
- Die Praxis informeller Verfahren beim Bundeskartellamt spielt sich in Handlungsformen ab, die sich wegen ihrer Unterschiedlichkeiten und wegen ihres Charakters einer strengen Formentypik entziehen, ja entziehen müssen, wenn die informellen Verfahren ihren Funktionen 3) gerecht werden sollen.

1) S. oben § 3, II, 2.

2) S. oben § 1 mwN und Übersicht bei Hoffmann-Riem, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 187, 191 ff.

3) S. oben § 5, V, 2.

- Rechtliche Kategorien sind nicht die einzigen, die Bindungen auslösen. Dennoch sind faktische und rechtliche Bindungen und Folgen im Interesse von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu trennen. Lediglich bei Ermessensentscheidungen des Bundeskartellamtes kann das Instrument des Vertrauensschutzes wie ein Relais diese Trennung zugunsten der Unternehmen - begrenzt - überbrücken.

Auf der Basis dieser Feststellungen kann erst eine sachgerechte und realistische Bewertung der Praxis informeller Verfahren beim Bundeskartellamt erfolgen.

Für die Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele des GWB sind die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt nützlich. Sie verhelfen dem materiellen GWB-Recht zu mehr Wirksamkeit, als dies ohne informelle Verfahren möglich wäre. Dabei darf man informelle und formelle Verfahren nicht als gegensätzlich beurteilen. Die Informalität des Kartellverfahrens ist nicht deshalb nützlich, weil sie eine strenge Förmlichkeit begrenzt oder aushöhlt, sondern weil sie bezogen auf diese strenge Förmlichkeit und zusammen mit ihr ein harmonisches Ganzes der Kartellrechtspflege darstellt.

Die Gefahr eines Mißbrauchs informeller Verfahren zu Lasten der Unternehmen ist dennoch nicht ganz von der Hand zu weisen. Ihr kann aber wirkungsvoll begegnet werden. Zum einen haben die Unternehmen die Möglichkeit, durch eine Beschwerde im Anschluß an das folgende formelle Verfahren die Gerichte anzurufen.

Zum anderen sind informelle Verfahren für die Unternehmen wie erläutert sogar vorteilhaft. Dieser vom Bundeskartellamt eingeräumte Vorteil muß von den

Unternehmen mit der Gefahr eines Mißbrauches 'bezahlt' werden. Wollen sich die Unternehmen dieser Gefahr nicht aussetzen, so brauchen sie lediglich auf den Vorteil der informellen Verfahren zu verzichten. Jede Chance ist mit einem Risiko verbunden.

Ein gesetzliches Verbot informeller Verfahren beim Bundeskartellamt wäre im Sinne der gesetzgeberischen Ziele des GWB kontraproduktiv 1). Es würde die Vorteile der informellen Verfahren beseitigen und ein Unterlaufen dieses Verbotes langfristig begünstigen. Was sich stets neben formellen Regeln herausbildet, sollte man nicht verbieten, sondern bändigen.

Auch von dem Versuch, informelle Verfahren zu formalisieren, z. B. durch die gesetzliche Einführung eines Vorverfahrens oder einer Voranfrage, ist abzuraten 2). Die Formalisierung der Informalität ist eine *contradictio in adjecto*. Das spezifisch Vorteilhafte der informellen Verfahren würde verlorengehen, und damit wäre das Anliegen einer Formalisierung konterkariert.

Eine subtile Form der Formalisierung bestünde darin, ein neues Rechtsinstitut 'Informelle Verfahren' zu schaffen. Auch davor ist zu warnen. Denn einmal sind die Untersuchungen informeller Verfahren auch außerhalb des Kartellrechts noch nicht annähernd weit genug fortgeschritten; das Bild der informellen Verfahren ist noch zu diffus für einen angemessenen

- 1) Skeptisch gegenüber einem Verbot informeller Verfahren auch Ule/Laubinger, Gutachten für Juristentag, S. B 75; Scheuing, Selbstbindungen, VVDStRL 40 (1982), S. 152, 181.
- 2) So auch Ule/Laubinger, Gutachten für Juristentag, S. B 76; Brohm, in VVDStRL 40 (1982), S. 274 f.; Schmidt-ABmann, Verfahrensgedanke, S. 17 ff.

Rechtsrahmen in Gestalt eines Institutes 'Informelle Verfahren'. Zum anderen hat die geltende Rechtsdogmatik mit der Handlungsform 'Schlichtes Verwaltungshandeln' den Vorzug, flexibel genug unterschiedliche Handlungsformen aufzunehmen und dennoch präzise Kriterien für deren rechtliche Würdigung zur Verfügung stellen zu können.

Anstelle von Verbot, Formalisierung oder voreiliger Institutionalisierung informeller Verfahren ist vielmehr der Gefahr einer Entmachtung formeller Verfahren gerade unter Zuhilfenahme der informellen Verfahren entgegenzuwirken. Das kann man erfolgreich tun, indem man die Praxis informeller Verfahren grundsätzlich bejaht und dadurch einen sichtbaren und kontrollierbaren Bezug der informellen zu den formellen Verfahren aufrechterhält. Je mehr man die informellen Verfahren von den formellen Verfahren her betrachtet, so wie das in dieser Arbeit versucht worden ist, umso eher behalten letztere ihre notwendige Dominanz. Nur der kann möglichen Mißbräuchen mit informellen Verfahren wehren und gleichzeitig ihre Chancen nutzen, der ihren überschaubaren und kontrollierbaren Gebrauch möglich macht.

ZUSAMMENFASSUNG

I.

1. Das Ziel der vorliegenden Arbeit besteht darin, die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt, die weitgehend im Verborgenen praktiziert werden, darzustellen und anhand der anerkannten Rechtsdogmatik zu würdigen. Die Konzentration auf die Fusionskontrolle trägt deren Bedeutung Rechnung und ermöglicht eine exemplarische Darstellung. Das Erkenntnisinteresse der Arbeit bleibt dennoch auf alle informellen Verfahren in Verwaltungssachen des Bundeskartellamtes gerichtet.
2. Für eine Beschreibung der Praxis informeller Verfahren beim Bundeskartellamt war eine direkte Datenerhebung mit Hilfe des Instrumentariums der empirischen Sozialforschung notwendig.
3. Bei den informellen Verfahren beim Bundeskartellamt handelt es sich um tatsächliche Verhaltensweisen des Bundeskartellamtes, die zwar im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht vorgesehen sind, die aber auf die im GWB ausdrücklich geregelten Verfahren in Verwaltungssachen bezogen bleiben.

II.

1. Informelle Verfahren gibt es in allen Bereichen kartellbehördlicher Aufsicht in Verwaltungssachen: bei der Aufsicht über Kartelle, über Wettbewerbsregeln und Empfehlungen, über wettbewerbsbeschränkendes Verhalten marktmächtiger Unternehmen,

über Austauschverträge, über Strukturveränderungen durch Zusammenschlüsse und über die sog. Ausnahmebereiche.

2. Der Umfang der informellen Verfahren reicht von einer gelegentlichen über eine häufige bis zu der fast ausschließlichen Anwendung.
3. Das Bundeskartellamt führt informelle Verfahren auf Initiative von Unternehmen (gerufen) ebenso durch wie auf eigene Initiative (ungerufen).
4. Die Abläufe informeller Verfahren sind trotz aller Unterschiede im einzelnen ähnlich. Sie lassen sich umschreiben als Ersuchen, Bitten, Erklärungen und Auskünfte, Anmeldung von Bedenken oder das Unterlassen von Bedenken sowie vorgezogene Rechtsprüfungen und Abstimmungen.
5. Die Praxis informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle ist die wichtigste und vielseitigste. Die Bandbreite informeller Verfahren bei der Fusionskontrolle reicht von einem reinen Rechtsgespräch zwischen Unternehmen und Bundeskartellamt bis zur nahezu vollständigen Prüfung eines konkreten Zusammenschlußvorhabens anhand schriftlicher Unterlagen.
6. Die persönliche Bekanntschaft der Akteure informeller Verfahren führt nicht zu sachlichen Bevorzugungen oder Benachteiligungen.
7. Teilweise kommt es während eines informellen Verfahrens zu einer konkreten Einzelfallberatung durch das Bundeskartellamt zur Vermeidung eines Nachteils für die Unternehmen. Ausnahmsweise gibt es in informellen Verfahren Ermittlungen.
8. Folgende Ergebnisse informeller Verfahren sind möglich:
 - Das Bundeskartellamt stimmt sich mit den Unternehmen über das folgende formelle Verfahren ab.

- Das Bundeskartellamt gibt durch eine positive Tendenzaussage zu erkennen, daß kartellrechtliche Bedenken gegen das geplante unternehmerische Vorgehen nicht bestehen.
 - Das Bundeskartellamt macht feste Zusicherungen, daß keine Bedenken bestehen.
 - Das Bundeskartellamt gibt durch eine negative Tendenzaussage zu erkennen, daß kartellrechtliche Bedenken gegen das geplante unternehmerische Vorgehen bestehen.
 - Das Bundeskartellamt macht eine negative Tendenzaussage, die es der Sache nach im formellen Verfahren durch eine Verfügung nicht erlassen dürfte.
9. Die informellen Verfahren sind kostenlos. Teilweise wird der Aufwand für ein informelles Verfahren bei der Kostenfestsetzung im Anschluß an das folgende formelle Verfahren berücksichtigt.
10. Drei Motive und Interessen sind für die Unternehmen im Hinblick auf informelle Verfahren wichtig: Die informellen Verfahren gehen schnell. Sie sind vertraulich. Sie erhöhen die unternehmerische Planungssicherheit. Für das Bundeskartellamt ist ausschlaggebend: Die informellen Verfahren verlängern die Prüfungszeit und ermöglichen eine frühzeitige Einflußnahme. Sie erhöhen die Rechtsanwendungssicherheit. Sie sind eine Art Serviceleistung für die Wirtschaft.
11. Bei den sog. Anmeldefällen der Fusionskontrolle finden informelle Verfahren bei der Hälfte bis zu 2/3 aller Projekte statt. Darin sind fast alle wichtigen enthalten und ebenso fast alle fusionsrechtlich kritischen. Das Bundeskartellamt hat in informellen Verfahren mindestens doppelt so viele Zusammenschlüsse verhindert wie durch formelle Untersagungen. Die Mehrzahl der informellen Ver-

- fahren enden mit einer positiven Tendenzaussage.
12. Informelle Verfahren haben eine Vorbereitungs-, eine Beschleunigungs-, eine Ergänzungs-, eine Klärungs- und Sicherungs-sowie auch zuweilen eine Ersetzungsfunktion im Hinblick auf die formellen Verfahren.

III.

1. Das Recht der Verfahren in Verwaltungssachen des GWB erhält seine Eigentümlichkeit dadurch, daß es unterschiedliche Elemente der verschiedensten Verfahrensrechte vereinigt.
2. Dieses verfahrensrechtliche Sammelsurium läßt sich nur historisch mit den Einflüssen der Kartell-Verordnung von 1923, des gescheiterten Josten-Entwurfes und der Gesetzesberatungen bei der Entstehung des GWB erklären.
3. Bei der Auslegung des GWB kommt der teleologischen Auslegung und hierbei der Entstehungsgeschichte der Norm besonders große Bedeutung zu. Gesetzgeberische Präferenzen sind zu beachten. Zugunsten der informellen Verfahren gibt es eine solche gesetzgeberische Präferenz.
4. Das BVwVfG ist im Zusammenhang mit dem GWB nur restriktiv und stets im Lichte des GWB anzuwenden. Das gilt auch für allgemeine Grundsätze des Verwaltungsrechts.
5. Für die Beantwortung der Frage, ob die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' zulässig ist, ist festzustellen:
Die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' ist im geltenden geschriebenen und ungeschriebenen Recht nicht positiv erfaßt.

- Es gibt keine Pflicht des Bundeskartellamtes zum formellen Verfahren, wenn Unternehmen ein informelles Verfahren betreiben wollen.
 - Die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' verstößt nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG.
 - Der in den §§ 51 - 58 GWB zum Ausdruck kommende Grundsatz der Formlichkeit des Kartellverfahrens markiert eine Zulässigkeitsgrenze für die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren': wenn und insoweit die Inhalte informeller Verfahren die in den §§ 51 ff. GWB enthaltenen Forderungen nach Rechtsschutz und Rechtssicherheit für die Betroffenen nicht beeinträchtigen, ist die Vorgehensweise 'Informelle Verfahren' zulässig.
6. Die negativen und die positiven Tendenzaussagen sind keine Verfügungen im Sinne von § 57 GWB und keine öffentlich-rechtlichen Verträge. Abstimmungen über das folgende formelle Verfahren fehlt es an dem bindenden Verpflichtungswillen. Die positive Tendenzaussage ist nicht als Zusage im Sinne von § 38 BVwVfG anzusehen, wohl aber die sog. "feste Zusicherung" des informellen Verfahrens.
 7. Die Ergebnisse informeller Verfahren sind mit Ausnahme der sog. festen Zusicherung als schlichtes Verwaltungshandeln einzustufen.
 8. Das Bundeskartellamt verstößt gegen § 46 Abs. 1 GWB, wenn es im informellen Verfahren ins Blaue hinein oder mittels formeller Auskunftsbeschlüsse ermittelt.
 9. Verfahrensrechte von Beteiligten des formellen Verfahrens (§ 51 Abs. 2 GWB) werden durch die Nichtbeteiligung im informellen Verfahren nicht verletzt. Das gilt auch für den Fall des "heimlichen Anteilserwerbs" und für den Fall, daß nur

der Veräußerer das informelle Verfahren betreibt, wenn nur ganz wenige Erwerber in Betracht kommen ("heimliche Veräußerung").

10. Das in § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB niedergelegte Alles-oder-Nichts-Prinzip der Fusionskontrolle schließt flexibles Verwaltungshandeln des Bundeskartellamtes im informellen Verfahren nicht aus. Eine konkrete, zielgerichtete Einzelfallberatung zur Vermeidung einer Untersagung verstößt aber gegen § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB und ist rechtswidrig.
11. Ein Verstoß gegen § 24 Abs. 1 GWB liegt dann vor, wenn das Bundeskartellamt eine negative Tendenzaussage macht, die als Untersagung nach Abschluß des formellen Verfahrens nicht haltbar wäre und nicht ergehen könnte. Eine derartige negative Tendenzaussage ist rechtswidrig.
12. Wegen eines Zusicherungsverbotes im informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle sind sog. feste Zusicherungen des Bundeskartellamtes, einen Zusammenschluß nicht zu untersagen, nichtig, unwirksam und unverbindlich.
13. Ein Verstoß gegen das verfassungsmäßige Gebot der Rechtssicherheit ist mit informellen Verfahren nicht verbunden.
14. Im Zusammenhang mit den Inhalten informeller Verfahren gibt es eine Rechtsschutzlücke. Eine unzulässige Rechtsschutzbeeinträchtigung ist damit aber nicht verbunden. Art. 19 Abs. 4 GG wird durch die informellen Verfahren nicht verletzt.
15. Eine rechtlich bindende Wirkung hat eine positive Tendenzaussage für das formelle Verfahren - auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes - nicht. Das gleiche gilt für die gezielte rechtswidrige Beratung und die nichtige feste Zusicherung.

16. Abstimmungen im informellen Verfahren über das folgende formelle Verfahren lösen grundsätzlich keine Rechtsfolgen aus. Ausnahmsweise ist das Bundeskartellamt aber an das informelle Verfahren gebunden, wenn es dort erklärt hat, anhand welcher Unterlagen es von der Vollständigkeit einer Anzeige/Anmeldung ausgeht.
17. Im Falle einer Untersagung trotz vorangegangener fester Zusicherung einer Nichtuntersagung oder eines entsprechenden gezielten Rates im informellen Verfahren kann das betroffene Unternehmen nur einen Schadensersatzanspruch gem. § 839 Abs. 1 iVm Art. 34 GG haben, wenn es auf die Wirksamkeit dieser Handlungen des Bundeskartellamtes vertraut hat und wenn ihm ein Schaden durch nachteilige Vermögensdispositionen wegen dieses Vertrauens entstanden ist.
18. Nach einer rechtswidrigen negativen Tendenzaussage hat ein Unternehmen keinen Anspruch, wenn es sein Zusammenschlußprojekt allein aufgrund dieser negativen Tendenzaussage aufgibt.
19. Die informellen Verfahren beim Bundeskartellamt sind gebührenrechtlich kostenneutral.

IV.

1. Die unter III. zusammengefaßten Ergebnisse der Rechtsprüfung für informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle gelten entsprechend für alle anderen informellen Verfahren, von den folgenden Abweichungen abgesehen.
2. Außerhalb der Fusionskontrolle ist bei informellen Verfahren auch die gezielte Einzelfallberatung rechtmäßig.

3. Das Bundeskartellamt ist bei Ermessensentscheidungen im formellen Verfahren an eine positive Tendenzaussage des informellen Verfahrens gebunden, wenn und insoweit es um Ermessenserwägungen geht, die Vertrauensgrundlage der positiven Tendenzaussage waren. Das gleiche gilt für gezielte Einzelfallberatungen und für die festen Zusicherungen im informellen Verfahren.

V.

1. Für die Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele des GWB sind die informellen Verfahren nützlich.
2. Ein gesetzliches Verbot der informellen Verfahren wäre im Sinne der gesetzgeberischen Ziele des GWB kontraproduktiv. Auch von einem Versuch, informelle Verfahren zu formalisieren oder in anderer Weise zu institutionalisieren, ist abzuraten.
3. Nur der kann möglichen Mißbräuchen mit informellen Verfahren wehren und gleichzeitig ihre Chancen nutzen, der ihren überschaubaren und kontrollierbaren Gebrauch möglich macht.

A N H A N G

Nachfolgend wird ein Gesprächsleitfaden vorgestellt, mit dessen Hilfe die halbstandardisierten, qualitativen Interviews mit Vertretern des Bundeskartellamtes und der Unternehmen über die informellen Verfahren bei der Fusionskontrolle geführt wurden (siehe dazu im einzelnen oben § 2). Für die anderen Bereiche informeller Verfahren wurden leicht abgewandelte Leitfäden verwendet.

Den zunächst sehr offen formulierten Fragen folgen zu einem Fragenkomplex Vertiefungsfragen, die nach der ersten Antwort gestellt wurden. Die in Klammern gesetzten Antwortmöglichkeiten und Stichwörter dienten dem Verfasser als Gedächtnisstütze während der Gespräche und dazu, gegebenenfalls den Interviewpartner auf die dort erwähnten Sachverhalte anzusprechen, aber dies erst nach den zugehörigen allgemeiner gehaltenen Fragen und Antworten.

DATUM DES GESPRÄCHS:

TEILNEHMER:

ORT:

BEGINN:

ENDE:

UNTERBRECHUNGEN:

A. VORSTELLUNG DES INTERVIEWERS UND DES UNTERSUCHUNGSGEGENSTANDES

- RÜCKFRAGEN SEITENS DES INTERVIEWTEN:

B. VORFRAGEN:

1. - PERSON DES INTERVIEWTEN
 - seit wann mit Fusionskontrollen befaßt:
2. - ZUSTÄNDIGKEIT DER BESCHLUBABTEILUNG

C. FRAGEN ZUM SPRACHGEBRAUCH

3. - WELCHER DER FOLGENDEN BEGRIFFE IST IM BKartA ÜBLICH: (Herkunft der Begriffe erläutern)

(Vorgespräche	:
informelle Erörterungen	:
Vorfeld des Kontrollverfahrens	:
informelle Verfahren bei der Fusionskontrolle	:
formlose Vorprüfung	:
andere Begriffe	:)

4. - WANN VERWENDEN SIE DEN BEGRIFF 'FORMELL',
WANN VERWENDEN SIE DEN BEGRIFF 'INFORMELL':

D. FRAGEN ZUM ABLAUF INFORMELLER VERFAHREN

5. - SCHILDERN SIE EINEN (ODER MEHRERE)
TYPISCHE FALL/FÄLLE:

- VERTIEFEND:
6. - AUF WESSEN INITIATIVE WERDEN INFORMELLE
VERFAHREN 'EINGELEITET'
7. - GIBT ES HANDLUNGEN; DIE EIN INFORMELLES
VERFAHREN 'ERÖFFNEN'
(Aktennotiz, bestimmte Wörter in den Akten
o. ä.)
8. - WER NIMMT AN DEN INFORMELLEN VERFAHREN
TEIL

8a) - WER VOM AMT
8b) - WER VON DEN UNTERNEHMEN
8c) - ERWERBER / AUCH DER VERÄÜBERER
("heimlicher Anteilserwerb")
8d) - ANWÄLTE
9. - WIE LAUFEN DIE GESPRÄCHE IM EINZELNEN AB
10. - WIE WERDEN INFORMELLE VERFAHREN FESTGEHAL-
TEN (Aktennotiz, Berichte an wen ...)
11. - WIE VERLÄUFT DIE INFORMATION ÜBER INFOR-
MELLE VERFAHREN INN ERHALB DES BKARTA
(Meldung an Grundsatzabteilung, dort Ein-
tragung in die Liste; laut Monopolkommis-
sion 81 Vorhaben aufgegeben, S. 161)

12. - WELCHE 'ERGEBNISSE' KÖNNEN INFORMELLE VERFAHREN HABEN

- (- Zusicherungen, Monopolkommission S. 193:
- reine Information über zukünftiges Verhalten:
- Kenntnissgabe der Rechtsauffassung des Amtes:
- echte Verhandlung:
- Beratung durch das Amt:
- Anregungen des Amtes:
- Einigung über das folgende formelle Verfahren: (§ 24 a Abs. 4 Satz 1)
- Einigung über materielle Fragen:)

13. WER ENTSCHEIDET ÜBER DAS AUSMAß DER ANWENDUNG INFORMELLER VERFAHREN

- (Beschlußabteilung
- Direktor
- Präsident
- Abprache der Beschlußabteilung)

14. - GIBT ES EINE VORABZULEITUNG VON ENTSCHEIDUNGSENTWÜRFEN

15. - WERDEN FÜR INFORMELLE VERFAHREN KOSTEN BERECHNET

E. FRAGEN ZUR QUANTITÄT UND ZU QUALITÄTEN

16. - SEIT WANN GIBT ES INFORMELLE VERFAHREN BEI DER FUSIONSKONTROLLE

17. - WIE OFT GEBEN DIE UNTERNEHMEN IHRE VORHABEN AUFGRUND INFORMELLER VERFAHREN AUF

18. - WELCHE UNTERNEHMEN (ART) KOMMEN BESONDERS

OFT ZU INFORMELLEN VERFAHREN
(Unternehmen, die unter § 24 a fallen)

- 19. - IN WIEVIELEN FUSIONSFÄLLEN (-VORHABEN)
GIBT ES INFORMELLE VERFAHREN
- 20. - WIE IST DAS VERHÄLTNIS VERHINDERTER FU-
SIONEN IM VERGLEICH FORMELLER ZU IN-
FORMELLEN VERFAHREN
- 21. - IN WELCHER ART VON FUSIONSFÄLLEN GIBT
ES INFORMELLE VERFAHREN
(Fälle mit politischen Auswirkungen
eher aussichtslose Fälle
Sanierungsfälle
Fälle mit den 10/100 Größten)
- 22. - KENNEN SIE DIE MENSCHEN IN DEN UNTERNEH-
MEN, DIE AN EINEM INFORMELLEN VERFAHREN
TEILNEHMEN; SETZEN INFORMELLE VERFAHREN
PERSÖNLICHE BEKANNTSCHAFT DER BETEILIGTEN
VORAUSS

F. FRAGEN ZUR MOTIVATION, ZUR BEGRÜNDUNG DER AN-
WENDUNG INFORMELLER VERFAHREN

- 23. - AUS WELCHEN GRÜNDEN FÜHRT IHRE BESCHLUß-
ABTEILUNG INFORMELLE VERFAHREN DURCH

- VERTIEFEND

- 24. - INWIEWEIT SPIELT EINE ROLLE, DAß INFOR-
MELLE VERFAHREN NICHTS PRÄJUDIZIEREN

25. - INWIEWEIT SPIELEN ZEITFRAGEN EINE ROLLE
 26. - INWIEWEIT SPIELEN FRAGEN DER ÖFFENTLICH-
KEIT UND TRANSPARENZ FORMELLER VERFAHREN
EINE ROLLE
 27. - INWIEWEIT SPIELEN FRAGEN DER GESICHTSWAH-
RUNG EINE ROLLE
 28. - INWIEWEIT SPIELEN VERWALTUNGSINTERNE
STRUKTUREN UND/ODER ABLÄUFE EINE ROLLE
 29. - INWIEWEIT SPIELT DIE UNSICHERHEIT ÜBER DEN
AUSGANG EINES FORMELLEN VERFAHRENS EINE
ROLLE
 30. - WELCHE FAKTOREN SPIELEN NOCH EINE ROLLE
 31. - HALTEN SIE DIE INFORMELLEN VERFAHREN FÜR
 - 31a) - NOTWENDIG
 - 31b) - EFFIZIENT
 - 31c) - SINNVOLL
 - 31d) - PRAKTISCH
 - 31e) - WARUM
 32. - AUS WELCHEN GRÜNDEN FÜHREN WOHL DIE UN-
TERNEHMEN INFORMELLE VERFAHREN DURCH,
BZW. STREBEN DIESE AN
- G. FRAGEN NACH DEM ZUSAMMENHANG ZWISCHEN FORMELLEN
UND INFORMELLEN VERFAHREN
33. - WIE SEHEN SIE DEN ZUSAMMENHANG ZWISCHEN
INFORMELLEN UND FORMELLEN VERFAHREN

(Vorbereitung formeller Verfahren
Ergänzung formeller Verfahren
Entsprechung formeller Verfahren auf
'niedriger' Ebene)

- VERTIEFEND:

34. - KOMMT ES VOR, DAB INFORMELLE VERFAHREN
DIE FORMELLEN VERFAHREN ERSETZEN, UND
ZWAR RECHTLICH ODER TATSÄCHLICH
35. - WENN JA:
- ERREICHT DAS BKartA 'MEHR' IN INFORMEL-
LEN VERFAHREN, D. H. SÄHE DIE VERWAL-
TUNGSPRAXIS ZU TB-MERKMALEN ANDERS AUS,
WENN DIE ERGEBNISSE INFORMELLER VERFAH-
REN DIE ERGEBNISSE FORMELLER VERFAHREN
WÄREN
36. - WAS HALTEN SIE VON DER MEINUNG, DAB ES
INFORMELLE VERFAHREN NUR GIBT, WEIL FOR-
MELLE VERFAHREN 'IM HINTERGRUND' EXISTIE-
REN
37. - WERDEN IN INFORMELLEN VERFAHREN EHER
DIE POLITISCHEN AUSWIRKUNGEN EINER FU-
SION ERÖRTERT
38. - GEBEN DIE UNTERNEHMEN IN INFORMELLEN VER-
FAHREN BEREITWILLIGER UND MEHR INFORMA-
TIONEN ALS (SPÄTER) IM FORMELLEN VERFAH-
REN
39. - WERDEN ABSPRACHEN IRGENDWELCHER ART, DIE
IN INFORMELLEN VERFAHREN GETROFFEN WORDEN
SIND, EINGEHALTEN/NICHT EINGEHALTEN

40. - WO LIEGEN IHRER MEINUNG NACH GENERELL
DIE SCHWÄCHEN DES FORMELLEN VERFAHRENS
BEI DER FUSIONSKONTROLLE
41. - HABEN DIESE SCHWÄCHEN ETWAS ZU TUN MIT
DER ANWENDUNG INFORMELLER VERFAHREN

L e b e n s l a u f

Als viertes Kind des Offiziers Ulrich de Maizière und seiner Ehefrau Eva, geb. Werner, wurde ich am 21.01.1954 in Bonn geboren.

Im Frühjahr 1960 begann mein erstes Schuljahr in Hannover. Nach mehreren Schulwechseln besuchte ich ab 1967 das humanistische Aloisiuskolleg, an dem ich 1972 das Abitur machte.

Von 1972 bis 1974 diente ich bei der Bundeswehr in Koblenz.

Danach begann ich an der Westfälischen-Wilhelms-Universität in Münster/Westf. das Studium der Rechtswissenschaften (SS 1974). Im WS 1976/77 wechselte ich an die Universität Freiburg. Im SS 1977 kehrte ich nach Münster zurück und studierte zusätzlich Geschichte und Politikwissenschaft im Nebenfach.

Am 22.08.1979 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend". Im Herbst 1979 begann ich beim OLG Hamm meine Referendarzeit und legte am 16.04.1982 das Assessorexamen mit der Note "gut" ab.

Vom Mai 1982 an war ich für ein Jahr Stipendiat in der Graduiertenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung. Am 01.04.1983 wurde ich in der Senatskanzlei des Landes Berlin Mitarbeiter des Regierenden Bürgermeisters. Dort leite ich seit dem 01.07.1985 das Grundsatzreferat.

Das Institut für Begabtenförderung der
Konrad-Adenauer-Stiftung hat mich bei
der Erstellung dieser Arbeit durch ein
Stipendium dankenswerterweise unterstützt.

Papyrus-Druck GmbH Berlin ☎ 3416451
Dissertationen